

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

CARLOS HAKIM DACCACH

VS

**GYPTec S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH
INTERNATIONAL CORP.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D. C., 15 de mayo de dos mil diecisiete 2017

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES

1. PARTES

1.1. PARTE CONVOCANTE

El demandante principal y a su vez demandado en reconvención es Carlos Hakim Daccach, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Miami, Estados Unidos de América, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.265.998 de la ciudad de Bogotá D.C., quien estuvo representado en el trámite por apoderados. En adelante será denominado Carlos Hakim.

1.2. PARTE CONVOCADA

Está integrada por Gyptec S.A., hoy Violet Investment Corp S.A. en Liquidación, sociedad colombiana con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por Jorge Alberto Hakim Tawil, que estuvo representada en el trámite por apoderados. En adelante esta sociedad será denominada Gyptec.

Jorge Alberto Hakim Tawil, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.153.742., quien estuvo representado en el trámite de apoderados. En adelante será denominado Jorge Hakim.

Arkata Investment Inc., sociedad panameña, domiciliada en Panamá (Panamá), representada legalmente por su Presidente, Jorge Alberto Hakim Tawil, quien estuvo representada en el trámite

por apoderados y tiene a su vez la calidad de demandante en reconvención respecto de Carlos Hakim. En adelante será denominada Arkata.

Ukiah International Corp., sociedad panameña domiciliada en Panamá (Panamá), representada por su Presidente, Jorge Alberto Hakim Tawil, que estuvo representada en el trámite por apoderados y tiene a su vez la calidad de demandante en reconvención frente a Carlos Hakim. En adelante esta sociedad será denominada Ukiah.

2. PACTO ARBITRAL

En los estatutos sociales de Gyptec se acordó cláusula compromisoria, que es del siguiente tenor:

“Las diferencias que ocurran entre los accionistas o entre estos y la sociedad, o los representantes de un socio fallecido, durante la sociedad o en el tiempo de su disolución, cuando no puedan ser directamente resueltas por ellos, se someterán a la decisión de tres (3) árbitros nombrados por la Cámara de Comercio del domicilio social, quienes resolverán en derecho. Designados los árbitros, el acuerdo entre dos de ellos formará sentencia. En todo lo demás el arbitraje se someterá a las normas legales sobre el particular”¹

3. TRÁMITE ARBITRAL

- 3.1. Mediante escrito² presentado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el veintinueve (29) de mayo de dos mil quince (2015), Carlos Hakim formuló demanda en contra de Gyptec S.A., Jorge Alberto Hakim Tawil, Arkata Investment Inc. y Ukiah International Corp.
- 3.2. Previa designación de los árbitros mediante la modalidad de sorteo público³, aceptación oportuna de estos⁴, y citación a audiencia⁵, el 9 de noviembre de 2015 se instaló el Tribunal⁶, designó Presidente y Secretario, se fijó lugar de funcionamiento y se adoptaron otras decisiones necesarias para el impulso del trámite.
- 3.3. En la misma audiencia se admitió la demanda y se ordenó correr traslado de ella a la parte demandada mediante notificación personal del auto admisorio de la demanda. Igualmente, se resolvió la petición de medida cautelar presentada por el demandante para la suspensión provisional de los efectos de las decisiones contenidas en el Acta número 20 del 1º de abril de 2015. Para tales efectos, se decidió fijar caución por la suma de \$200.000.000 y se

¹ Folio 15 del Cuaderno de Pruebas número 1.

² Folios 1 a 51 del Cuaderno Principal número 1

³ Folios 109 a 523 del Cuaderno Principal número 1.

⁴ Folios 83 a 95 del Cuaderno Principal número 1.

⁵ Folios 524 a 568 del Cuaderno Principal número 1.

⁶ Acta número 1, folios 569 a 575 del Cuaderno Principal número 1.

otorgó plazo para su acreditación ante el Tribunal. En la misma audiencia de instalación se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda al apoderado de Gyptec⁷.

- 3.4. Enterado el Secretario de su designación como tal por parte del Tribunal informó al Tribunal que declinaba frente al mismo⁸. Por lo tanto, el Tribunal procedió a hacer una nueva elección de Secretario para el Tribunal⁹, quien aceptó el cargo y cumplió con el deber de información previsto en la Ley¹⁰. Cumplido con lo anterior, la Secretaria designada se posesionó de su cargo el 10 de diciembre de 2015¹¹.
- 3.5. Gyptec en término contestó la demanda¹², se opuso a las pretensiones, propuso excepciones de mérito¹³, y, simultáneamente, formuló demanda de reconvención¹⁴ en contra de Carlos Hakim¹⁵.
- 3.6. En el plazo conferido por el Tribunal no fue acreditada la caución ordenada para la práctica de la medida cautelar.
- 3.7. De conformidad con lo previsto en la Ley Procesal, se remitieron citaciones para la notificación a Jorge Hakim, Arkata y Ukiah¹⁶. Por conducto de apoderados especiales, estos tres demandados fueron notificados personalmente¹⁷ del auto admisorio de la demanda.
- 3.8. En término, Arkata¹⁸, Ukiah¹⁹ y Jorge Hakim²⁰ contestaron la demanda de Carlos Hakim con oposición expresa a sus pretensiones y el planteamiento de excepciones de mérito.
- 3.9. En el mismo término de traslado, las sociedades Arkata²¹ y Ukiah²² formularon demanda de reconvención en contra de Carlos Hakim.
- 3.10. Las demandas de reconvención fueron objeto de examen por parte del Tribunal, quien mediante auto número 5 del 9 de marzo de 2016 decidió inadmitir la que fue formulada por

⁷ Folio 576 del Cuaderno Principal número 1.

⁸ Folio 578 del Cuaderno Principal número 1.

⁹ Acta 2 del 13 de noviembre de 2016, folios 579 al 580 del Cuaderno Principal número 1.

¹⁰ Folio 583 del Cuaderno Principal número 1.

¹¹ Acta número 3, folios 655 a 656 del Cuaderno Principal número 1.

¹² Folios 584 a 644 del Cuaderno Principal número 1.

¹³ Folios 631 a 642 del Cuaderno Principal número 1.

¹⁴ Folios 184 a 204 del Cuaderno Principal número 1.

¹⁵ Folios 645 a 654 del Cuaderno Principal número 1.

¹⁶ Folios 8 a 21 del Cuaderno Principal número 2.

¹⁷ Folios 22 a 30 del Cuaderno Principal número 2.

¹⁸ Folios 31 a 56 del Cuaderno Principal número 2.

¹⁹ Folios 63 a 88 del Cuaderno Principal número 2.

²⁰ Folios 94 a 129 del Cuaderno Principal número 2.

²¹ Folios 57 a 62 del Cuaderno Principal número 2.

²² Folios 89 a 93 del Cuaderno Principal número 2.

Gypotec – otorgando plazo para su respectiva subsanación – y posponer su decisión sobre la admisión de las otras dos demandas de reconvención²³.

- 3.11. Oportunamente Gypotec presentó un escrito para subsanar su demanda de reconvención²⁴, pero a juicio del Tribunal no fueron corregidos los defectos advertidos por lo que decidió rechazar la demanda²⁵. El Tribunal profirió auto admitiendo las demandas de reconvención de Arkata y Ukiah, y ordenó correr traslado de las mismas al Demandado en Reconvención Carlos Hakim²⁶.
- 3.12. Oportunamente el Demandado en Reconvención formuló recurso de reposición²⁷ en contra del anterior auto para que fuese revocado, del cual se surtió el traslado²⁸. Mediante auto número 8 del 31 de mayo de 2016 el Tribunal desató el recurso formulado y no repuso la providencia impugnada²⁹.
- 3.13. Oportunamente, el Demandado en Reconvención contestó³⁰ las demandas de reconvención que fueron formuladas en su contra por Arkata y Ukiah, con oposición expresa a las pretensiones y formulación de excepciones de mérito.
- 3.14. También se corrió traslado de las correspondientes excepciones en la demanda principal y en las , demandas de reconvención³¹. En el traslado se pronunciaron las Demandantes en Reconvención³² y el Demandante Principal³³.
- 3.15. Luego se citó a las partes a audiencia de conciliación³⁴ para el 2 de agosto de 2016, la cual fue suspendida en cinco oportunidades entre la fecha inicial y el 15 de septiembre de 2016³⁵ con el propósito de lograr un acuerdo que pusiera fin al conflicto, pero finalmente se declaró fracasada y se fijaron los honorarios y gastos del presente trámite³⁶, que fueron pagados por Gypotec en el término fijado en la Ley³⁷. Posteriormente, se acreditó ante el Tribunal que el Demandante Principal reembolsó el 50% a su cargo de tales honorarios y gastos a Gypotec junto con los correspondientes intereses moratorios³⁸.

²³ Acta número 4 del 9 de marzo de 2016, folios 130 a 133 del Cuaderno Principal número 2.

²⁴ Folios 135 y 136 del Cuaderno Principal número 2.

²⁵ Auto número 7, contenido en el Acta 5 del 18 de abril de 2016, folios 137 a 140 del Cuaderno Principal número 2.

²⁶ Auto número 6, contenido en el Acta 5 del 18 de abril de 2016, folios 137 a 140 del Cuaderno Principal número 2.

²⁷ Folios 146 a 149 del Cuaderno Principal número 2.

²⁸ Folio 150 del Cuaderno Principal número 2.

²⁹ Acta número 6 de 31 de mayo de 2016, folios 229 a 232 del Cuaderno Principal número 2.

³⁰ Folios 240 a 262 y 263 a 285 del Cuaderno Principal número 2.

³¹ Folio 286 del Cuaderno Principal número 2.

³² Folios 288 a 289 y 290 a 291 del Cuaderno Principal número 2.

³³ Folios 296 a 302 del Cuaderno Principal número 2.

³⁴ Acta número 7 de fecha 25 de julio de 2016, folios 303 a 305 del Cuaderno Principal número 2.

³⁵ Actas números 8, 9, 10, 11 y 12, folios 314 a 353 del Cuaderno Principal número 2.

³⁶ Acta número 13 del 15 de septiembre de 2016, folios 353 a 358 del Cuaderno Principal número 2.

³⁷ Acta número 14 del 18 de octubre de 2016, folio 359 del Cuaderno Principal número 2.

³⁸ Folio 550 del Cuaderno Principal número 2.

- 3.16.** El 18 de octubre de 2016, en la primera audiencia de trámite –Acta número 14–³⁹, el Tribunal resolvió “*Declararse competente, en los términos indicados en la parte motiva, para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre Carlos Hakim Daccach, por una parte, y Gyptec S.A., Jorge Alberto Hakim Tawil, Arkata Investment Inc. y Ukiah International Corp., por la otra, todas comprendidas en la cláusula compromisoria contenida en la escritura pública número 3847 del nueve (9) de julio de dos mil cuatro (2004) otorgada en la Notaría Veinte del Círculo de Bogotá D.C. y contenidas en la demanda principal, las demandas de reconvención de Arkata Investment Inc. y Ukiah International Corp., sus contestaciones, excepciones perentorias y réplicas*”, providencia respecto de la cual Arkata y Ukiah formularon recurso de reposición para que el Tribunal revocara parcialmente la providencia y declarara no ser competente para conocer de dos excepciones formuladas por el Demandado en Reconvención, los cuales fueron resueltos –negando su prosperidad– mediante auto número 18, contenido en la misma acta.
- 3.17.** En dicha audiencia, luego de que cobrara ejecutoria la providencia de asunción de competencia, el Tribunal por auto número 19 decretó pruebas. Sobre las pruebas decretadas y su práctica se hará referencia más adelante.
- 3.8.** Terminada la etapa probatoria mediante auto número 39 del 13 de marzo de 2017⁴⁰ se declaró el cierre de la etapa probatoria y se señaló fecha para la presentación de los alegatos de conclusión de las partes⁴¹, quienes, por conducto de sus apoderados, en audiencia del 5 de abril de 2017⁴² expusieron sus alegatos de manera oral y presentaron los correspondientes escritos.⁴³
- 3.9.** En dicha audiencia, el Tribunal dispuso citar a Carlos Hakim, Jorge Hakim y al representante legal de Gyptec a un interrogatorio de parte que habría de practicarse el 17 de abril de 2017⁴⁴. En efecto, en dicha fecha fueron practicados los interrogatorios decretados y el Tribunal abrió una etapa de conciliación al término de la cual las partes no llegaron a arreglo alguno⁴⁵.
- 3.10.** El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.⁴⁶

³⁹ Folios 359 a 373 del Cuaderno Principal número 2.

⁴⁰ Acta número 25, folios 56 a 60 del Cuaderno Principal número 3.

⁴¹ Acta número 25, folios 56 a 60 del Cuaderno Principal número 3.

⁴² Acta número 26, folios 63 a 66 del Cuaderno Principal número 3.

⁴³ Folios 67 a 250 los de Carlos Hakim, 251 a 277 los de Jorge Hakim; 278 a 423 los de Arkata y Ukiah y 424 a 543 del Cuaderno Principal número 3 y 1 a 35 del Cuaderno Principal número 4 los de Gyptec.

⁴⁴ Acta número 26, folios 63 a 66 del Cuaderno Principal número 3.

⁴⁵ Acta número 27, folios 36 a 39 del Cuaderno Principal número 3.

⁴⁶ Acta número 27, folios 36 a 39 del Cuaderno Principal número 3.

4. LA DEMANDA PRINCIPAL Y SUS CONTESTACIONES

4.1 LA DEMANDA PRINCIPAL

En la demanda principal fueron planteadas las siguientes pretensiones:

“Con base en los hechos expuestos, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal efectuar las siguientes o similares declaraciones:

1) Grupo 1 // Pretensiones relativas a la decisión de aprobación del Informe de Gestión del Gerente

1.1. Principales

Primera Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente contraviene una norma imperativa.*

Segunda Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente está viciada por objeto ilícito.*

Tercera Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente, fue aprobada en conflicto de intereses.*

Cuarta Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente se tomó en abuso de un supuesto derecho.*

Quinta Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente se tomó en abuso de un supuesto derecho de los accionistas.*

Sexta Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20,*

relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente se tomó en abuso de un supuesto derecho de voto de los accionistas.

Séptima Pretensión Principal: Que se declare que, como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores, la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente, es nula absolutamente.

1.2. Pretensiones Subsidiarias frente a la Séptima Pretensión Principal

Primera Pretensión Subsidiaria: Que se declare el reconocimiento de presupuestos de ineficacia de la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente, es nula relativamente.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente, es inoponible.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente, no produjo efectos.

2) Grupo 2 // Pretensiones relativas a la decisión de aprobación de los Estados Financieros

2.1. Principales

Primera Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros contraviene una norma imperativa.

Segunda Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros está viciada por objeto ilícito.

Tercera Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros fue aprobada en conflicto de intereses.

Cuarta Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros se tomó en abuso de un supuesto derecho.

Quinta Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros se tomó en abuso de un supuesto derecho de los accionistas.

Sexta Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros se tomó en abuso de un supuesto derecho de voto de los accionistas.

Séptima Pretensión Principal: Que se declare que, como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores, la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros, es nula absolutamente.

2.2. Pretensiones Subsidiarias frente a la Séptima Pretensión Principal

Primera Pretensión Subsidiaria: Que se declare el reconocimiento de presupuestos de ineficacia de la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros, es nula relativamente.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros, es inoponible.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros, no produjo efectos.*

3) Grupo 3 // Pretensiones relativas a la decisión de aprobación del Informe del Revisor Fiscal

3.1. Principales

Primera Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal contraviene una norma imperativa.*

Segunda Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal está viciada por objeto ilícito.*

Tercera Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal, fue aprobada en conflicto de intereses.*

Cuarta Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal se tomó en abuso de un supuesto derecho.*

Quinta Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal se tomó en abuso de un supuesto derecho de los accionistas.*

Sexta Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal se tomó en abuso de un supuesto derecho de voto de los accionistas.*

Séptima Pretensión Principal: *Que se declare que, como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores, la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal, es nula absolutamente.*

3.2. Pretensiones Subsidiarias frente a la Séptima Pretensión Principal

Primera Pretensión Subsidiaria: Que se declare el reconocimiento de presupuestos de ineficacia de la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal, es nula relativamente.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal, es inoponible.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe del Revisor Fiscal, no produjo efectos.

4) Grupo 4 // Pretensiones relativas a la decisión de elección de la Junta Directiva

4.1. Principales

Primera Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva contraviene una norma imperativa.

Segunda Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva está viciada por objeto ilícito.

Tercera Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva, fue aprobada en conflicto de intereses.

Cuarta Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva se tomó en abuso de un supuesto derecho.

Quinta Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No.

20, relativa a la elección de la Junta Directiva se tomó en abuso de un supuesto derecho de los accionistas.

Sexta Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva se tomó en abuso de un supuesto derecho de voto de los accionistas.

Séptima Pretensión Principal: Que se declare que, como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores, la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva, es nula absolutamente.

4.2. Pretensiones Subsidiarias frente a la Séptima Pretensión Principal

Primera Pretensión Subsidiaria: Que se declare el reconocimiento de presupuestos de ineficacia de la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva, es nula relativamente.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva, es inoponible.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección de la Junta Directiva, no produjo efectos.

5) Grupo 5 // Pretensiones relativas a la decisión relativa a la elección del Revisor Fiscal

5.1. Principales

Primera Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal contraviene una norma imperativa.

Segunda Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal está viciada por objeto ilícito.

Tercera Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal, fue aprobada en conflicto de intereses.

Cuarta Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal se tomó en abuso de un supuesto derecho.

Quinta Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal se tomó en abuso de un supuesto derecho de los accionistas.

Sexta Pretensión Principal: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal se tomó en abuso de un supuesto derecho de voto de los accionistas.

Séptima Pretensión Principal: Que se declare que, como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores, la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal, es nula absolutamente.

5.2. Pretensiones Subsidiarias frente a la Séptima Pretensión Principal

Primera Pretensión Subsidiaria: Que se declare el reconocimiento de presupuestos de ineficacia de la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal, es nula relativamente.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal, es inoponible.

Subsidiaria a la Pretensión Anterior: *Que se declare que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec, llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la elección del Revisor Fiscal, no produjo efectos.*

6) Grupo 6 // Pretensión Consecuencial

Pretensión: *Que, como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores, se ordene la cancelación de la inscripción del Acta No. 20 en el Registro Mercantil, en el evento en que se haya efectuado.*

7) Grupo 7 // Pretensión relacionada con Carlos Hakim Daccach

Pretensión: *Que en el evento en que el Tribunal Arbitral encuentre probados los hechos de esta demanda, o algunos de ellos, frente a todos los Demandados, o alguno de ellos, solicito que se hagan extensivas los efectos de todas las pretensiones, en lo que el Tribunal Arbitral considere pertinente, frente a Carlos Hakim Daccach, como accionistas de GYPTEC S.A.*

8) Grupo 8 // Pretensión Común a Todos Los Grupos

Pretensión: *Que se declare que los Demandados deben pagar a Carlos Hakim Daccach las costas del proceso, las cuales deben incluir, pero no limitarse a, los costos de funcionamiento del Tribunal y los honorarios de los señores Árbitros y el Secretario.*

En síntesis, Carlos Hakim fundamentó sus pretensiones en los hechos que a continuación se describen en forma general, sin perjuicio de la transcripción posterior que de alguna parte de los mismos se haga, cuando sea relevante:

Entre el Demandante Principal y Jorge Hakim, quienes son primos hermanos, hubo un proceso arbitral previo iniciado en abril de 2010 por Carlos Hakim en contra de Jorge Hakim Tawil, Gyptec y Kistna Overseas Corporation, con ocasión de un Contrato de Promesa de Compraventa celebrado entre Jorge Hakim Tawil y Carlos Hakim Daccach, cuyo objeto eran las 4 acciones al portador de propiedad de Carlos Hakim Daccach en cada una de las sociedades Arkata y Ukiah, correspondientes al 33% del capital social de éstas, que culminó con Laudo Arbitral, que declaró la nulidad absoluta del Contrato de Promesa y, a título de restituciones mutuas, ordenó a Jorge Hakim Tawil y/o Kistna, devolver a Carlos Hakim Daccach tales Acciones, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del mismo. Dicho laudo fue objeto de recurso de anulación que se declaró infundado.

Jorge Hakim Tawil y/o Kistna Overseas Corporation no han entregado las acciones de propiedad de Carlos Hakim Daccach de las sociedades Arkata y Ukiah, por lo que no se ha cumplido con lo ordenado por el Tribunal de Arbitramento.

Adicionalmente, en noviembre de 2012, Carlos Hakim Daccach interpuso una demanda de impugnación en contra de la decisión de escindir Gyptec en la sociedad GYPTEC INMUEBLES S.A.S., aprobada por mayoría, en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Gyptec, sostenida el 24 de septiembre de 2012, la cual consta en el Acta No. 17, por cuanto a su entender el propósito de esta escisión era el de sacar activos de Gyptec utilizando estructuras jurídicas que dieran la apariencia de una decisión comercial para satisfacer las intenciones personales de algunos administradores de Gyptec –como Jorge Hakim Tawil, Representante Legal– en contra de la voluntad de Carlos Hakim Daccach. La Superintendencia de Sociedades, mediante sentencia del 20 de febrero de 2013, declaró la nulidad absoluta de la decisión adoptada por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec durante la reunión celebrada el 24 de septiembre de 2012, consistente en la aprobación del proyecto de escisión, por contravenir expresamente el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008. Dicha decisión fue objeto de recurso de apelación, que una vez desatado, confirmó la decisión de primera instancia.

En marzo de 2014, Carlos Hakim interpuso una demanda ante la Superintendencia de Sociedades, debido a los graves y sistemáticos abusos de los administradores de Gyptec, entre los cuales se encuentra el desvío de recursos de Gyptec a los patrimonios personales de sus administradores y los familiares de éstos, así como irregularidades en la contabilidad y en la venta de los inmuebles de la sociedad. Dicha situación se advirtió incluso por el Tribunal Arbitral que conoció sobre la nulidad de la promesa de compraventa antes señalada, que ordenó poner en conocimiento de las autoridades competentes los hallazgos encontrados con base en el dictamen de la perito del proceso. De la misma manera, en dicho proceso de responsabilidad se aportaron pruebas periciales que dan cuenta de irregularidades por parte de la administración.

A juicio del demandante, las actuaciones de la administración de Gyptec antes mencionadas fueron realizadas en abierta situación de conflicto de intereses, lo que debe dar lugar a las consecuencias previstas en la Ley.

El 1 de abril de 2015, se llevó a cabo la reunión ordinaria de la Asamblea de Accionistas de Gyptec. Antes y durante la reunión en comento se presentaron irregularidades en la representación de Arkata y Ukiah y en la votación de éstas sociedades al servicio de los intereses personales de Jorge Hakim. Así mismo, Jorge Hakim incumplió sus deberes como administrador de Gyptec y se violó el derecho de inspección de Carlos Hakim. Se tomaron decisiones viciadas de nulidad absoluta, tales como: (ii) la aprobación del informe de Gestión del Gerente y la Junta Directiva, (iii) la aprobación de los Estados Financieros, (iv) la aprobación del Informe del Revisor Fiscal, (v) la elección de los miembros de la Junta Directiva y Revisor Fiscal. Esto debido a que las decisiones supuestamente aprobadas no contaron con las mayorías requeridas, y fueron aprobadas en abierto conflicto de intereses. Así mismo, las decisiones supuestamente tomadas por la Asamblea de Accionistas contravienen norma imperativa y están viciadas por objeto ilícito.

Indicó el Demandante Principal que Jorge Hakim Tawil no es el representante legal legítimo de las sociedades Arkata y Ukiah y, por lo tanto, los poderes conferidos para representar a dichas sociedades en la Asamblea de Accionistas no son válidos y, como consecuencia de ello, la representación que dicho señor efectuó de esas sociedades en la Asamblea General de Accionistas fue ilegítima. A su entender, la reunión de Asamblea de dichas sociedades panameñas realizada el 19 de marzo de 2008, se hizo por Jorge Hakim, sin convocar a Carlos Hakim Daccach, ni a Alejandro Hakim Tawil (q.e.p.d.) y, no obstante, no tener el quórum deliberatorio, ni contar con las mayorías requeridas en la ley y los estatutos de las sociedades, Jorge Hakim aprobó revocar el poder general de Alejandro Hakim Tawil (q.e.p.d.), se nombró a sí mismo como Director, Presidente –Secretario y Representante de Arkata y Ukiah, y modificó los estatutos de las sociedades.

Por otra parte, durante la reunión ordinaria de la la Asamblea de Accionistas, en reiteradas ocasiones, la apoderada de Carlos Hakim solicitó al Gerente de Gyptec rendir explicaciones respecto de su Informe de Gestión, los Estados Financieros, los soportes de los Estados Financieros, entre otros. Sin embargo, el Gerente se rehusó a rendir las explicaciones solicitadas por la apoderada de Carlos Hakim arguyendo, por ejemplo, el previo ejercicio del derecho de inspección del Demandante Principal. Las sociedades Arkata y Ukiah votaron a favor de la decisión de que el Gerente no rindiera explicaciones, lo que demuestra que dichas sociedades panameñas están al servicio de los intereses personales del Gerente pues no hay interés legítimo en que los accionistas de Gyptec se rehúsen a recibir información sobre la sociedad.

Asimismo, Jorge Hakim Tawil, como administrador de Gyptec, incumplió su deber de rendir cuentas sobre su gestión pues no basta su entrega a la Asamblea General de Accionistas sino que se requiere que como administrador responda las preguntas e inquietudes que tengan los accionistas sobre su gestión.

De manera previa a la celebración de la citada reunión, el derecho de inspección de Carlos Hakim fue flagrantemente vulnerado con base en un “protocolo” elaborado por los apoderados de Gyptec, que determinó condiciones abusivas para el ejercicio de tal derecho.

En la Asamblea de Acciones se tomaron decisiones, tales como: (ii) la aprobación del informe de Gestión del Gerente y la Junta Directiva, (ii) la aprobación de los Estados Financieros, (iii) la aprobación del Informe del Revisor Fiscal, (iv) la elección de los miembros de la Junta Directiva y Revisor Fiscal.

Todas esas decisiones se encuentran viciadas por nulidad absoluta porque no contaron con las mayorías establecidas requeridas y fueron aprobadas en abierto conflicto de intereses. Así mismo, las decisiones contravienen norma imperativa y están viciadas por objeto ilícito.

Los Estados Financieros de Gyptec contienen irregularidades que fueron expuestas por Carlos Hakim en la Asamblea de Accionistas, entre las cuales se encuentran: (i) pagos, inversiones y transacciones con sociedades relacionadas con accionistas y los administradores de Gyptec, (ii)

pago de honorarios a representantes legales de Jorge Hakim y a otros administradores de Gyptec, (iii) pagos a la esposa de Alejandro Hakim Tawil (q.e.p.d.), (iv) pagos a miembros de la Junta Directiva, (v) cuentas por pagar a administradores y (vi) el registro en las cuentas de orden de comisiones a favor de Jorge Hakim.

Durante la Asamblea de Accionistas, la apoderada de Carlos Hakim Daccach solicitó explicación sobre la venta de la unidad de *Drywall* de Gyptec y de los activos de la sociedad frente a lo cual el representante de Arkata Investment Inc. confirmó la intención de los administradores de Gyptec de vender los activos de la sociedad:

Por otra parte, el Informe de Gerente no cumple con su propósito legal y, más bien, corresponde a un conjunto de manifestaciones deshonrosas en contra de Carlos Hakim y contiene información contraria a la realidad. En adición, el Representante Legal se negó a dar explicaciones sobre su informe. Carlos Hakim se opuso expresamente a la aprobación del Informe del Gerente pero el mismo fue aprobado mayoritariamente.

A pesar de todo lo anterior, en el dictamen del Revisor Fiscal de la sociedad manifestó que la contabilidad de Gyptec se llevó a cabo de conformidad con las normas legales y la técnica contable. Durante la Asamblea, la apoderada de Gyptec cuestionó al Revisor Fiscal pero el mismo no dio respuesta a este cuestionamiento. A pesar de lo anterior, el Informe del Revisor Fiscal fue aprobado supuestamente por la “mayoría” de la Asamblea de Accionistas.

De la misma manera, alegó el Demandante Principal que las anteriores decisiones, en caso de que se considere que fueron aprobadas por una mayoría válida, están viciadas de nulidad absoluta por haber sido aprobadas en abuso al supuesto derecho al voto por parte de Jorge Hakim, Arkata y Ukiah. Arkata y Ukiah benefician injustificadamente a Jorge Hakim, en perjuicio de sus propios intereses y de los intereses de Gyptec. Ellas junto con Jorge Hakim conforman un bloque mayoritario, el cual ejerce su supuesto derecho al voto con el fin de beneficiar a Jorge Hakim Tawil, y no a sus propios intereses como accionistas, y menos los de la sociedad Gyptec.

4.2 CONTESTACIONES A LA DEMANDA PRINCIPAL Y EXCEPCIONES INTERPUESTAS

En término, tanto Gyptec, como Jorge Hakim y las sociedades panameñas Arkata y Ukiah contestaron la demanda principal, oponiéndose a las pretensiones formuladas y alegando las siguientes excepciones de mérito:

Por parte de Gyptec se invocaron las que denominó así: “1. *Falta de competencia y jurisdicción del Tribunal Arbitral para dirimir controversias de las sociedades panameñas Arkata y Ukiah*; 2. *Eficacia y validez de las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015*; 3. *Inexistencia absoluta de conflicto de interés en las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015*; 4. *Inexistencia de abuso del derecho al voto en las decisiones adoptadas por la asamblea de Gyptec*

llevada a cabo el 1 de abril de 2015; 5. Caducidad e inaplicabilidad de la acción; 6. Abuso del derecho del socio minoritario, Carlos Hakim no ha realizado ningún aporte de capital en Gyptec y 8. La genérica”.

Jorge Hakim, a su vez, planteó los siguientes medios defensivos: “1. Falta De Competencia; 2. Falta De Legitimación En La Causa Por Pasiva; 3. Validez De Las Decisiones Sociales; 4. Excepción Genérica”.

Las sociedades Arkata y Ukiah, aun cuando presentaron su réplica a la demanda principal mediante escritos separados, formularon prácticamente las mismas excepciones de mérito, así: “1. Cumplimiento de todos los requisitos legales en las decisiones cuestionadas por el convocante; 2. Falta de legitimación por pasiva; 3. Excepciones en relación con la indebida representación de Arkata Investment Inc. (o Ukiah International Corp.) en la Asamblea de Accionistas, 3.1. Falta de jurisdicción y competencia del tribunal para decidir sobre la designación del representante legal de Arkata Investment Inc. (o Ukiah International Corp.) y 3.2. Prescripción o Caducidad; 4. Conducta contraria a la buena fe comercial por parte del convocante y aplicación de la doctrina de los actos propios y 5. Excepción Genérica”.

4.3 RÉPLICA A LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

Oportunamente el Demandante Principal recorrió el traslado de las excepciones interpuestas, se refirió a las excepciones formuladas por todos los Demandados Principales rechazándolas todas y cada una de ellas; se opuso a la práctica de algunas pruebas pedidas en los escritos de contestación y solicitó pruebas adicionales a las pedidas con su demanda inicial a las cuales se hará referencia en aparte posterior.

5. LAS DEMANDAS DE RECONVENCIÓN Y SUS CONTESTACIONES

5.1. LAS DEMANDAS DE RECONVENCIÓN

Las pretensiones de la demanda de reconvención de Arkata y de Ukiah, aunque en escritos separados, son idénticas y del siguiente tenor:

“PRIMERO: Que se declare que el convocado mediante la presente demanda de reconvención, esto es, el señor CARLOS HAKIM DACCACH, es propietario de 10 acciones de GYPTEC S.A., las cuales representan el 0,001883% de la composición accionaria de la aludida sociedad.

SEGUNDO: Que se condene al convocado mediante la presente demanda de reconvención, esto es, al señor CARLOS HAKIM DACCACH, a pagar las costas y agencias de derecho del proceso.”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, las sociedades Demandantes en Reconvención alegaron lo siguiente:

Mediante Escritura Pública número 3847 del 9 de julio de 2004 otorgada en la Notaría 20 de Bogotá D.C. se constituyó Gyptec S.A. con la siguiente composición accionaria inicial:

ACCIONISTA	No. DE ACCIONES	PORCENTAJE ACCIONARIO	VALOR DEL APOORTE
Alejandro Hakim Dow	4,200	20.00%	\$ 4,200,000.00
Alejandro Hakim Tawil	4,200	20.00%	\$ 4,200,000.00
Jorge Hakim Tawil	4,200	20.00%	\$ 4,200,000.00
Angélica de la Torre	4,200	20.00%	\$ 4,200,000.00
Roccio Gnecco	4,200	20.00%	\$ 4,200,000.00
TOTAL	21,000	100.00%	\$ 21,000,000.00

Luego de diversas negociaciones entre accionistas y capitalizaciones de la Compañía, el capital y la composición accionaria de la sociedad es el siguiente:

ACCIONISTA	No. DE ACCIONES	PORCENTAJE ACCIONARIO	VALOR NOMINAL
Alejandro Hakim Tawil	10	0.001883%	\$ 10,000.00
Jorge Hakim Tawil	10	0.001883%	\$ 10,000.00
Carlos Hakim Daccach	10	0.001883%	\$ 10,000.00
Ukiah International Corp.	257,289	48.454859%	\$ 257,289,000.00
Arkata Investment Inc.	273,668	51.539492%	\$ 273,668,000.00
TOTAL	530,987	100.00%	\$ 530,987,000.00

El señor Carlos Hakim Daccach en diversas oportunidades y ante diferentes autoridades ha manifestado, sin ningún tipo de sustento, que es propietario del 33% de las acciones de Gyptec S.A.

5.2. CONTESTACIONES A LAS DEMANDAS DE RECONVENCIÓN Y EXCEPCIONES INTERPUESTAS

En la oportunidad procesal correspondiente, el Demandado en Reconvención contestó las demandas de reconvención mediante escritos separados, de tenor casi idéntico, con oposición expresa a las pretensiones y la alegación de las siguientes excepciones de fondo: “1. *Excepción de cosa juzgada*; 2. *Falta de Competencia del Tribunal Arbitral*; 3. *Carlos Hakim Daccach es accionista directo e indirecto de Gyptec*; 4. *Jorge Hakim Tawil a través de la Demandante de Reconvención está actuando en contra de sus propios actos*; 5. *Indebida representación de las sociedades Arkata y Ukiah y falta de legitimación por activa de éstas*; 6. *Excepción de mala fe y abuso del derecho a litigar*; 7. *Buena fe de Carlos Hakim Daccach*; 8. *Mala fe de los demandantes en la presentación de*

la Demanda de Reconvención; 9. Excepción de ausencia de causa de las pretensiones de la demanda; 10. Excepción de falta de legitimación por activa; 11. Excepción de falta de legitimación por pasiva; 12. Excepción de prescripción / caducidad; 13. Compensación y 14. Excepción Genérica”.

5.3. RÉPLICA A LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

En los escritos mediante los cuales las Demandantes en Reconvención recorrieron el traslado de las excepciones de mérito se pronunciaron respecto de algunas pruebas pedidas por el Demandado en Reconvención y, además, solicitaron pruebas adicionales a las indicadas en sus escritos de demanda de reconvención.

6. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Mediante auto número 19 de fecha 18 de octubre de 2016, el Tribunal decidió las solicitudes de pruebas de las partes contenidas en los diversos escritos procesales que fueron presentados por ellos así:

- 6.1. DOCUMENTALES:** Decretó como tales todos los documentos aportados por el Demandante Principal y todos los Demandados, a excepción de uno que fue solicitado por Demandante Principal pero no fue aportado, como quedó referido en el auto pertinente.
- 6.2. INTERROGATORIO DE PARTE:** Se decretó el interrogatorio de parte de los representantes legales de Gyptec, de Arkata y Ukiah y de Jorge Hakim a petición del Demandante Principal y, por solicitud de todos los Demandados fue decretada la declaración de Carlos Hakim. Dichas declaraciones fueron recibidas por el Tribunal en audiencias celebradas el 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2016⁴⁷.
- 6.3. TESTIMONIOS:** A petición del Demandante Principal se decretaron los testimonios de María Clemencia Rodríguez Alvira; Stella Álzate Buritica; Leonardo Benítez; Raquel Castillo González, Luis Fernando Amaya Mateus y Carlos Alberto Campos Murcia. El testimonio de María Clemencia Rodríguez Alvira también se decretó a instancias de Gyptec, Arkata y Ukiah. La audiencia para la recepción del testimonio de María Clemencia Rodríguez Alvira; Leonardo Benítez; Raquel Castillo González; Luis Fernando Amaya Mateus y Carlos Alberto Campos Murcia se llevó a cabo el 23 de noviembre de 2016⁴⁸ y la correspondiente al testimonio de Stella Álzate Buritica fue realizada el 30 de noviembre de 2016⁴⁹.
- 6.4. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS:** Por petición del Demandante Principal se decretó exhibición de documentos a cargo de Gyptec S.A.; Cosenit S.A.; Fell Logistic S.A.S., Equipment Zona Franca S.A.S., Samara Trans Energy S.A.S.; Commerce Link International S.A.S.; Negozia S.A.; Gyptec Comercializadora S.A.S.; Higuera Latam S.A.S.; Hakim Tawil S. en C. En Liquidación, de sendos documentos. Por solicitud de Arkata y Ukiah se decretó también

⁴⁷ Actas números 19 y 20, folios 519 a 527 y 543 a 548 del Cuaderno Principal número 2.

⁴⁸ Acta número 18, folios 439 a 450 del Cuaderno Principal número 2.

⁴⁹ Actas números 18 y 19, folios 439 a 450 y 519 a 527 del Cuaderno Principal número 2.

exhibición de documentos a cargo de Gyptec. Las correspondientes diligencias fueron practicadas el 16 y 17 de noviembre de 2016⁵⁰; salvo la de las sociedades Higuera S.A.S. y Commerce Link International S.A.S. por cuanto en la fecha y hora fijada no compareció ninguna persona a atender las respectivas diligencias. En todo caso, dichas sociedades posteriormente remitieron la información solicitada por correos electrónicos dirigidos a la Secretaría del Tribunal.

6.5. PRUEBAS TRASLADADAS: A petición del Demandante Principal se decretaron como pruebas trasladadas todas aquellas pruebas que fueron decretadas y practicadas en el proceso de impugnación de decisiones sociales tramitado ante la Superintendencia de Sociedades bajo el número 55580 y las siguientes pruebas practicadas en el Proceso de Responsabilidad de Administradores que se tramita ante la Superintendencia de Sociedades, correspondiente al número de expediente 2014-801-502.1: (i) Los dictámenes elaborados por los peritos expertos en contabilidad e informática; (ii) Videograbación de la audiencia de todos los interrogatorios de parte; (iii) Videograbación de la audiencia de testimonio de María Clemencia Rodríguez; (iv) Videograbación de la audiencia de testimonio de Luis Miguel García; (v) Videograbación de la audiencia de testimonio de Jaime Cano; (vi) Videograbación de la audiencia de exhibición de Leticia Gnecco, y, (vii) Los dictámenes contable y financiero elaborados por Deloitte Asesores Consultores S.A. de 25 de marzo de 2013 y por Price Waterhouse Coopers de 16 de noviembre de 2015 y su aclaración. Esta información fue allegada parcialmente al proceso el 19 de diciembre de 2016 con el oficio 2016-01-612021 de 15 de diciembre del mismo año⁵¹, suscrito por Silvana Fortich Pérez, Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, con el que remite copia de la totalidad del expediente del primer proceso. A petición de la sociedad Gyptec, se dispuso trasladar del proceso arbitral de Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil, Gyptec S.A. y Kitsna Overseas Corporation las siguientes pruebas: (i) La declaración de parte rendida por el señor Carlos Hakim Daccach; (ii) La declaración testimonial de Carlos Gustavo Arrieta; (iii) la declaración testimonial de Yady Villaquirán; (iv) la declaración testimonial de Alejandro Samper y (v) el dictamen pericial y sus aclaraciones y complementaciones elaborado por Ana Matilde Cepeda. Estas piezas procesales fueron remitidas por la Notaría Treinta y Cinco del Círculo de Bogotá D.C. donde se encuentra protocolizado el expediente de dicho trámite el 20 de diciembre de 2016⁵².

6.6. PRUEBA EXTRAPROCESAL: Por solicitud del Demandante Principal se decretó como prueba en el presente trámite el interrogatorio de parte rendido por Jorge Hakim Tawil a petición de la parte convocante como prueba extraprocesal ante el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bogotá D.C. el veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016). La autoridad judicial fue oficiada para tal propósito pero como respuesta al oficio que le fue remitido señaló que el proceso se encontraba archivado⁵³ por lo que la demandada Gyptec aportó una copia del

⁵⁰ Actas números 16 y 17, folios 388 a 409 y 410 a 418 del Cuaderno Principal número 2.

⁵¹ Folios 1 a 672 del Cuaderno de Pruebas número 13 y 1 a 476 del Cuaderno de Pruebas número 14.

⁵² Folios 478 a 649 del Cuaderno de Pruebas número 14.

⁵³ Folio 562 del Cuaderno de Pruebas número 12.

DVD que contenía la diligencia respectiva⁵⁴. Sin embargo, dicho DVD no pudo ser validado por la parte solicitante de la prueba por lo que se requirió nuevamente su aportación la que se hizo posteriormente⁵⁵ y a la que pudo acceder la parte solicitante de la prueba. En todo caso, la parte solicitante también aportó una copia de la diligencia mencionada en DVD⁵⁶.

- 6.7. PRUEBA PERICIAL:** Aun cuando originalmente la prueba fue solicitada por el Demandante Principal como una inspección judicial con intervención de peritos, conforme con lo señalado en el artículo 236 del Código General del Proceso, se negó la práctica de una inspección judicial en la sede de la sociedad demandada y, en su lugar, se decretó (i) un dictamen pericial a cargo de experto contador con conocimientos financieros, y (ii) un dictamen rendido por un perito en informática. Sin embargo, como consta en el Acta número 18 de fecha 23 de noviembre de 2016, se aceptó el desistimiento de estas dos pruebas periciales formulado por el Demandante Principal y, de acuerdo con lo solicitado por las partes, se ordenó incorporar como prueba pericial de informática y de medios de recuperación de la información el dictamen que fue practicado en el Proceso de Responsabilidad de Administradores que se tramitó bajo el número 2014-801-50 ante la Superintendencia de Sociedades, junto con todas las piezas procesales correspondientes a la contradicción y el dictamen rendido en ese mismo proceso por el perito PricewaterhouseCoopers Asesores Gerenciales Ltda., y se ordenó la incorporación, como prueba trasladada, de los informes elaborados por Deloitte Asesores Consultores S.A. y por KPMG Advisory Services Ltda. junto con todas las actas y documentos de ese trámite donde conste la contradicción de los mismos, incluido lo manifestado en los alegatos de conclusión. Esta documentación fue solicitada por oficio a la Superintendencia de Sociedades, entidad que informó que el expediente del proceso 2014-801-50 se encuentra en la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. para resolver un recurso de apelación interpuesto por Carlos Hakim Daccach contra la sentencia de ese trámite, y que las solicitudes de copias relativas a este último proceso deben dirigirse a dicha Corporación. Así las cosas, el Tribunal ordenó que por Secretaría se remitiera oficio a la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., con ruego de especial colaboración, para que expidiera las copias solicitadas del expediente 2014-801-50 que se encuentra en trámite ante esa Corporación. Tal oficio fue contestado el 22 de marzo de 2017 haciendo entrega de las copias requeridas⁵⁷.

- 6.8. PRUEBAS POR OFICIO:** Todas las pruebas por Oficio solicitadas por las partes del proceso fueron negadas por el Tribunal con base en lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 78, en los artículos 173 y en el artículo 245 del Código General del Proceso por cuanto lo pretendido con las mismas lo habría podido obtener cada parte peticionaria directamente, o por medio del ejercicio del derecho de petición, sobre cuyo trámite no fue hecha acreditación alguna.

Asimismo el Tribunal, en uso de sus facultades y de lo previsto en el artículo 170 del Código General

⁵⁴ Folio 28 del Cuaderno Principal número 3.

⁵⁵ Folio 43 del Cuaderno Principal número 3.

⁵⁶ Folio 190 a 191 del Cuaderno de Pruebas número 15.

⁵⁷ Folios 229 a 655 del Cuaderno de Pruebas número 15, Cuadernos de Pruebas número 16, 17, 18 y 19 hasta el folio 464.

del Proceso, decretó pruebas de oficio, como se detalla a continuación: Mediante auto número 21 del 3 de noviembre de 2016⁵⁸ el Tribunal decretó de oficio que, en un plazo de tres (3) días desde la presente audiencia, el Demandante aportara copia de las Actas de la Asamblea General de Accionistas de fecha 19 de marzo de 2008 de Arkata Investment Inc. y Ukiah International Corp., que aparecen protocolizados en la Escritura Pública número 1869 del 27 de agosto de 2012 de la Notaría Treinta y Cinco del Círculo de Bogotá D.C., las cuales fueron entregadas oportunamente al Tribunal por la Parte Demandante⁵⁹. Posteriormente, mediante auto número 31 del 1 de diciembre de 2016 se decretaron de oficio las siguientes pruebas: (i) La exhibición por parte de la sociedad Hanetec S.A. del Libro de Registro de Accionistas de dicha compañía; (ii) Por parte de Carlos Hakim, se ordenó el aporte de los swifts que acreditan la efectividad de las transferencias bancarias ordenadas por Salomon Hakim al Banco UBS (Bahamas) Limited de Nassau (Bahamas) en diciembre 16 de 2004 por las sumas de US\$400.000 y US\$400.000 a una cuenta en Wachovia Bank de titularidad de Skyline Financial, Inc. y en octubre 26 de 2005 por la suma de US\$220.000 a una cuenta en Wachovia Bank como intermediario Banco Colpatria respecto de una cuenta de titularidad de Gyptec S.A. y demás documentos que comprueben el abono de estas dos transferencias y (iii) Se ordenaron como pruebas trasladadas los interrogatorios y declaraciones rendidas por Carlos Hakim Daccach, Jorge Hakim Tawil, el representante legal de Gyptec S.A., el representante legal de Kistna Overseas Corp. así como de Alejandro Hakim Tawil en el proceso arbitral de Carlos Hakim Daccach en contra de Jorge Alberto Hakim Tawil, Gyptec S.A. y de Kistna Overseas Corp. para lo cual se ordenó oficiar a la Notaría Treinta y Cinco del Círculo de Bogotá D.C. La exhibición a cargo de Hanetec fue cumplida el 7 de febrero de 2017⁶⁰, momento en el cual Jorge Hakim Tawil aportó otros documentos al proceso⁶¹, que, de oficio, fueron incorporados al expediente; el 30 de enero de 2017 se recibió un escrito de Carlos Hakim con el cual manifiesta cumplir lo ordenado mediante el auto 20 citado y aporta constancias de facsímiles; comunicación de fecha 19 de enero de 2017 de Joseph Toth de UBS International con anexos y promesa de compraventa de acciones celebrada entre Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Tawil⁶²; en la misma fecha, se recibieron las copias requeridas a la Notaría Treinta y Cinco. Finalmente, y como ya fue señalado en punto anterior, mediante auto número 40 del 5 de abril de 2017⁶³, se decretó el interrogatorio de parte del demandante Carlos Hakim Daccach y de los demandados Jorge Alberto Hakim Tawil y de Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp. S.A.), diligencia que fue celebrada el 17 de abril de 2017 con la comparecencia de todos los citados⁶⁴.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes en la audiencia celebrada el 5 de abril de 2017⁶⁵, presentaron en forma oral sus alegatos de conclusión, y entregaron al Tribunal sendos escritos al finalizar su respectiva oposición. A las

⁵⁸ Acta número 18 del 23 de noviembre de 2016, folios 439 a 450 del Cuaderno Principal número 2.

⁵⁹ Folios 440 del Cuaderno de Pruebas número 4.

⁶⁰ Acta 23 del 7 de febrero de 2017 del Cuaderno Principal número 3, folios 22 a 26 y folios 162 a 173 del Cuaderno de Pruebas número 15.

⁶¹ Acta 23 del 7 de febrero de 2017 del Cuaderno Principal número 3, folios 22 a 26 y folios 174 a 189 del Cuaderno de Pruebas número 15.

⁶² Acta 23 del 7 de febrero de 2017 del Cuaderno Principal número 3, folios 22 a 26 y folios 139 a 159 del Cuaderno de Pruebas número 15.

⁶³ Acta 26 del 5 de abril de 2017 del Cuaderno Principal número, folios 63 a 66 del Cuaderno Principal número 1.

⁶⁴ Acta 27 del 17 de abril de 2017, folios 36 a 39 del Cuaderno Principal número 4

⁶⁵ Acta 26 del 5 de abril de 2017 del Cuaderno Principal número, folios 63 a 66 del Cuaderno Principal número 1.

argumentaciones de las partes se referirá el Tribunal al analizar y decidir cada una de las pretensiones, sus fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios.

8. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, término “*al cual se adicionarán los días de suspensión*” e “*interrupción por causas legales*”, sin que las suspensiones solicitadas de consuno por las partes puedan exceder “*ciento veinte (120) días*”. La primera audiencia de trámite culminó el 3 de noviembre de 2016 –Acta número 15 de esa fecha⁶⁶–, y por solicitud conjunta de las partes, el Tribunal decretó las suspensiones del proceso, dentro del límite legal –120 días hábiles, se entiende–, así:

Acta	Fecha de suspensión	Días Hábiles
Acta No. 20 – Auto No. 32	Entre el 19 de diciembre de 2016 y el 16 de enero de 2017 (ambas fechas incluidas)	20
Acta No. 23 – Auto No. 35	Entre el 8 de febrero de 2017 al 21 de febrero de 2017 (ambas fechas incluidas)	10
Acta No. 26– Auto No. 41	Entre el 6 de abril de 2017 y el 16 de abril de 2017 (ambas fechas incluidas)	5
Acta No. 27 – Auto No. 43	Entre el 18 de abril de 2017 al 14 de mayo de 2017 (ambas fechas incluidas)	18
Total de días de adición del término del proceso por suspensión		53

Terminada la primera audiencia de trámite el 3 de noviembre de 2016, adicionado el término del proceso en 53 días hábiles, según las suspensiones decretadas por solicitud conjunta de las partes, el término legal vence el 24 de julio de 2017. Por lo tanto, el Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

Durante el trámite, con ocasión del permanente deber legal de la Secretaría de informar sobre el término de duración del proceso, ninguna de las partes manifestó inconformidad o reparo con la forma como se efectuó el cómputo correspondiente; ni tampoco alegaron el vencimiento del término para fallar del Tribunal para fallar.

⁶⁶ Folios 376 a 382 del Cuaderno Principal número 2.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES

1. EL CONFLICTO SUBYACENTE

Ha quedado claro para el Tribunal, después del examen de las demandas sometidas a su conocimiento y sus correspondientes contestaciones, así como del extenso material probatorio recaudado durante el trámite, que el conflicto jurídico existente entre las partes de éste litigio, integralmente considerado, supera el atinente a la controversia sometida a la decisión de este Tribunal de Arbitraje que está limitada, por virtud de las pretensiones plasmadas en la solicitud de convocatoria y en las demandas de reconvención y en las excepciones propuestas contra ellas, a la impugnación de decisiones adoptadas en la asamblea de Gyptec celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015 como mecanismo para el control del cumplimiento de los estatutos y de la ley en la adopción de las mismas y del derecho de los accionistas minoritarios ausentes o disidentes, de un lado y, de otro, al pronunciamiento sobre la participación accionaria de Carlos Hakim en esa sociedad.

Como fue señalado por el Demandante Principal en su demanda y en los alegatos de conclusión que rindió, Carlos Hakim considera que tiene la calidad de accionista de Gyptec, directamente a través de 10 acciones, e indirectamente a través del 33% de las acciones en Arkata y en Ukiah, derivado de aportaciones de capital que fueron efectuadas en diversas oportunidades. En efecto, señaló que en el año 1996, le realizó un préstamo a Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Tawil (q.e.p.d.), por la suma de US\$300.000 y que debido a que los señores Hakim Tawil no pudieron pagar la deuda a Carlos Hakim, le ofrecieron que parte del capital e intereses adeudados, se capitalizaran en Hanetec. Esta capitalización correspondió a COP\$200.000.000. En noviembre de 2001, Carlos Hakim Daccach les realizó un nuevo préstamo por US\$300.000, que quedó representado en un pagaré suscrito por Jorge Hakim, suma respecto de la cual rendía cuentas Alejandro Hakim Tawil señalando que tanto el capital como los intereses generados ingresaron al capital de Gyptec por medio de Arkata y Ukiah.

Carlos Hakim, en síntesis, sostiene que los dineros aportados por él para la capitalización de Gyptec provinieron de los préstamos que hizo a Jorge Hakim Tawil y a Alex Hakim Tawil (q.e.p.d.), más los intereses generados que nunca le fueron pagados, por lo que el señor Hakim Daccach estuvo de acuerdo en que se capitalizaran a su nombre en Gyptec., lo que efectivamente se hizo a través de las sociedades Arkata y Ukiah.

Posteriormente, dice Carlos Hakim, se compró un lote de terreno en la Zona Franca de Cartagena por parte de la sociedad Gyptec, para lo cual el señor Salomón Hakim, padre del señor Carlos Hakim Daccach, aportó como préstamo –que nunca fue reembolsado– la suma de US\$400.000, y dicha suma debió tenerse como aporte del señor Carlos Hakim. Igualmente alega que efectuó otro giro a Gyptec el 27 de octubre de 2005 por la suma de US\$220.020,00

También señaló que otorgó unas cartas de crédito. En efecto, el año 2005 otorgó una carta de crédito por la suma de US\$400.000 que fue posteriormente reemplazada por otra de US\$1.000.000, la cual estuvo vigente hasta mediados del año 2008; por último, en el año 2006, otorgó otra carta de crédito por la suma de US\$1.040.000. Alegó que las cartas de crédito le impidieron hacer uso, por más de cuatro años consecutivos, de más de US\$2.000.000, de los cuales no recibió siquiera pago alguno de Gyptec para cubrir gastos en que incurrió para mantener vigentes tales cartas de crédito.

Igualmente expresa que su primo Jorge Hakim Tawil ha intentado toda clase de maniobras para no reconocer el aporte y la calidad de socio de Carlos Hakim como accionista directo e indirecto de Gyptec, y es esa la razón que ha dado lugar a los múltiples litigios que existen entre las partes, los cuales, conforme aparece en el texto de los alegatos de conclusión de Gyptec⁶⁷, ascienden a 25 litigios civiles y aun penales.

Considera el Demandante Principal que al menos a dos decisiones judiciales en firme -el Laudo del Proceso de Nulidad de la Promesa y la sentencia que resolvió el recurso de anulación en contra de éste-, reconocen la propiedad de Carlos Hakim sobre el 33,33% de las acciones en Arkata y Ukiah; lo que siempre fue reconocido también por Jorge Hakim Tawil hasta que un día repentina y sorprendentemente afirmó que Carlos Hakim no es propietario de ese porcentaje en las dos sociedades panameñas mencionadas, sino de un porcentaje ínfimo, correspondiente a 4 acciones de doce mil, en cada una de ellas.

Por su parte, la posición de la sociedad demandada Gyptec, de Jorge Hakim y de las sociedades panameñas es absolutamente antagónica a la que presenta el Demandante Principal. Ellos entienden que Carlos Hakim es solamente titular de 10 acciones de la sociedad Gyptec, lo que representa una participación en el capital suscrito y pagado de la compañía de menos del 0,018% del capital de Gyptec. Señalan que Carlos Hakim nunca aportó ninguna suma de dinero a Gyptec o a las sociedades Panameñas Arkata y Ukiah y que lo que busca es apropiarse de una participación en las sociedades panameñas, con base en aportes inexistentes que, en todo caso, serían de la familia de Carlos Hakim y no de él. Para los demandados, fue Jorge Hakim Tawil quien tuvo la iniciativa de estructurar un proyecto para la construcción de una planta de drywall en Cartagena y quien logró sacarlo adelante con recursos propios, así como con recursos de la familia Hakim Tawil, en especial con recursos de su padre, Alejandro Hakim Dow, y su madre, Nohora Tawil de Hakim, y algunos aportes menores de su hermano Alejandro. Señalan que lo que motivó a Carlos Hakim para hacer tales reclamaciones fue la noticia de que USG quería comprar en varias decenas de millones de dólares a Gyptec y que desde ese momento pretendió acceder a una participación a la que no tenía derecho.

Para los demandados es claro que Carlos Hakim no aceptó la invitación para invertir en Gyptec, pues consideraba que el lote era una inversión de alto riesgo, así como construir una planta para la fabricación de drywall. Fue por esa razón que Jorge Hakim acudió a su padre Alejandro Hakim Dow

⁶⁷ Folios 29 a 35 del Cuaderno Principal número 4.

en procura de los recursos para comprar el lote, quien en efecto los suministró Gyptec se constituye el 9 de julio de 2004 por Alejandro Hakim Dow, Jorge Hakim Tawil, Angélica de la Torre, Alejandro Hakim Tawil y Rocio Gnecco.

Y el 27 de julio de 2004, Alejandro Hakim Dow (a través de la sociedad de su familia Chaid Neme Hermanos) aportó \$2.500.000.000 a Gyptec, para la compra del lote en la Zona Franca de Cartagena. Es por esa razón que se instruye a Stella Alzate (quien constituye Arkata y Ukiah) que le entregue a Jorge Hakim las acciones de esas sociedades, para que a su vez él las entregara a su verdadero dueño Alejandro Hakim Dow. Gyptec siguió recibiendo anticipos para futuras capitalizaciones desde julio hasta diciembre de 2004. Es decir, que para finales del año 2004, el capital de Gyptec ascendía a la suma de \$5.343.325.000.

En febrero del año 2005, Alex Hakim (hermano de Jorge Hakim) le informa a éste que su primo Carlos Hakim quiere comprar 10 acciones en Gyptec, y le propone que cada uno le transfiera 5 acciones a Carlos Hakim. Las acciones fueron transferidas, pero señalan los demandados que Carlos Hakim nunca pagó su precio.

Durante el año 2005 Arkata y Ukiah adquirieron la mayoría de las acciones de los accionistas iniciales y se continuó con la capitalización de la compañía con recursos de la familia Hakim Tawil. Desde finales de 2004, cuando a Gyptec ya habían entrado los primeros \$5.343.325.000, a lo largo de 2005, 2006 y 2010 Arkata y Ukiah le entregaron a Gyptec aproximadamente \$8.500.000.000 como aporte de capital adicional.

Como ya se mencionó, las posibilidades de vender la participación accionaria de Gyptec y la valorización del lote de la Zona Franca de Cartagena son el factor que, a juicio de los demandados, crea las reclamaciones de Carlos Hakim y da lugar a que, según Jorge Hakim, este pretenda apropiarse del lote que se entendía era propiedad de Alejandro Hakim Dow. A partir de ese momento Carlos Hakim comienza el acoso contra Alejandro Hakim Dow, su esposa Norah Tawil, y Jorge Hakim Tawil que origina un conflicto familiar que las partes resuelven amistosamente mediante la suscripción de un contrato de Promesa de Compraventa de Acciones fechado el 4 de septiembre de 2009, mediante el cual que Carlos Hakim vendería todas sus participaciones accionarias en Gyptec (0.002%), Arkata (33,3%), Ukiah (33,3%) y Hanetec (33,3%)⁶⁸ a Jorge Hakim mediante el pago de US\$2'100.000 (US\$1.500.00 más US\$600.00) y con la liberación de la carta de crédito stand by D06-58 emitida por el banco suizo Banque Privee Edmond De Rothchil hasta por US\$1.000.000⁶⁹, que garantizaba obligaciones de Gyptec con el Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria. En dicho contrato Promesa de Compraventa de Acciones quedó reconocida la propiedad del Demandante Principal respecto de acciones de las dos sociedades panameñas, pero fue incumplida y demandada su nulidad por Carlos Hakim ante un Tribunal de Arbitramento.

⁶⁸ Cláusula Primera de la Promesa de Compraventa de Acciones entre Carlos Hakim y Jorge Hakim de 4 de septiembre de 2009, que obra a folios 215 a 221 del Cuaderno de Pruebas número 8.

⁶⁹ Cláusula Segunda de la Promesa de Compraventa de Acciones entre Carlos Hakim y Jorge Hakim de 4 de septiembre de 2009, , que obra a folios 215 a 221 del Cuaderno de Pruebas número 8.

Dicha promesa, como es sabido por las partes de este trámite, fue declarada nula de oficio por el Tribunal Arbitral que conoció de la misma con ocasión de la nulidad de las garantías otorgadas y en el laudo se ordenó, como restituciones mutuas, entregar a Carlos Hakim 4 acciones de Arkata y 4 Acciones de Ukiyah, con lo cual se consolidó la estrategia del Demandante en Reconvención y por lo que ha alegado reiteradamente que es dueño del 33% de las acciones de Arkata y de Ukiyah y por lo tanto dueño indirecto del 33% de Gyptec a pesar de no haber hecho ningún aporte.

Sobre los giros que Carlos Hakim dice haber realizado, como se refiere al inicio de este aparte, dicen los Demandados Principales que los mismos habrían sido hechos desde cuentas cuyo titular son unas sociedades extranjeras que no son de Carlos Hakim Daccach, sino de su familia; que el Demandante Principal ha reconocido que la gran mayoría de ese dinero, que supuestamente entregó, eran préstamos que le fueron pagados en el 2006, y no aportes de capital. Y que los mismos no se hicieron a la cuenta de Skyline Financial Inc en el Banco Wachovia, como el ha alegado.

En conclusión, la causa por la cual las partes del presente proceso se han visto enfrentadas en diversos procesos judiciales se vincula o relaciona exclusivamente con la eventual calidad de socio de Carlos Hakim en las sociedad Arkata y Ukiyah, accionistas mayoritarias del Gyptec.

Desde ya previene y reitera el Tribunal que las decisiones que adopte con el presente laudo están enmarcadas por las pretensiones de la demanda principal y las demandas de reconvención en que no se discute la participación de Carlos Hakim en las sociedades panameñas; pues no fue esta la controversia que las partes sometieron a examen y decisión de este Tribunal, sino que ella fue planteada, alegada y probada en algunos de sus aspectos en un ejercicio de las partes para informar al Tribunal sobre la integralidad del conflicto. En modo alguno dicho planteamiento o alegación constituye en el presente asunto la materia a decidir y, por ende, nada de lo que aquí señale el Tribunal está encaminado o dirigido a resolver ese punto originario de la controversia.

2. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES – ANÁLISIS DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y PASIVA

La jurisprudencia colombiana⁷⁰ de vieja data ha aceptado la existencia de los siguientes tres presupuestos procesales formales para fallar, es decir, como antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal y pueda concluir con una sentencia resolutoria. Ellos son:

- 1) Capacidad para ser parte.
- 2) Capacidad procesal o para obrar procesalmente. O *legitimatío ad processum*.
- 3) Competencia del fallador.

⁷⁰ Sentencia del 9 de julio de 1938. Gaceta Judicial. Tomo 1914. Página 75.

En adición, también se ha considerado la necesidad de una demanda en forma y trámite adecuado.

Respecto del primero y el segundo encuentra el Tribunal que las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido personalmente o por conducto de sus representantes legales y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, habilidad dispositiva y en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, *rectius*, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral (artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009; Ley 1563 de 2012).

En cuanto a la competencia del Tribunal y lo atinente a la demanda en forma y trámite adecuado, también observa el Tribunal que el mismo se instaló en debidamente, asumió competencia, decretó y practicó las pruebas solicitadas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda arbitral principal, su réplica y excepciones, así como las demandas de reconvención y sus correspondientes contestaciones y medios de defensa por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y *stricto sensu* de naturaleza patrimonial, derivados de la ejecución del contrato social de Gyptec. Igualmente, se acreditó ante el Tribunal que la acción de impugnación de decisiones sociales fue presentada en término, teniendo en cuenta que la reunión por derecho propio de la Asamblea General de Accionistas fue celebrada el 1 de abril de 2015 y la demanda de arbitraje se presentó el día 29 de mayo de 2015. Sin duda, se puede afirmar que la acción fue presentada dentro el término señalado por el artículo 191 del Código de Comercio.

No se advierte por parte del Tribunal ninguna causa de nulidad del proceso.

Por otra parte, considera el Tribunal que es este el momento oportuno para pronunciarse sobre uno de los presupuestos materiales del presente fallo, como lo es la legitimación en la causa por activa y pasiva, habida cuenta que Jorge Hakim, Arkata y Ukiah plantearon como excepciones frente a las pretensiones de la demanda principal las que denominaron *“Falta De Legitimación En La Causa Por Pasiva”* y *“Falta de legitimación por pasiva”* y a su vez Carlos Hakim propuso para enervar la demanda de reconvención la que denominó *“Indebida representación de las sociedades Arkata y Ukiah y falta de legitimación por activa de éstas”*.

Vale la pena aclarar en este punto que la legitimación en la causa por activa de Carlos Hakim para formular la demanda principal no ha sido cuestionada por los demandados principales, y, en todo caso, para el Tribunal la misma ha sido debidamente acreditada en cuanto el mencionado señor es accionista de la sociedad Gyptec y fue disidente respecto de las decisiones impugnadas, tal y como

consta en el Acta 20 de la Asamblea General de Accionistas, que, al tenor del artículo 191 del Código de Comercio⁷¹, es lo que lo habilita para formular la demanda principal.

En lo que se refiere a la legitimación por activa de las sociedades panameñas para formular las mutuas demandas que han sido cuestionadas por el Demandado en Reconvención, el Tribunal se referirá al tema más adelante al analizar la demanda de reconvención. Se anticipa, en todo caso, que no le encuentra razón a Carlos Hakim en lo que expresó sobre el particular en la excepción respectiva.

Retomando la defensa planteada por los demandados principales Jorge Hakim, Arkata y Ukiah respecto de la demanda principal, ellos han señalado que la demanda de impugnación de decisiones de la Asamblea General de Accionistas de Gyptec no fue dirigida únicamente contra esta sociedad como lo ordena la Ley – artículo 382 del Código General del Proceso⁷² –, sino también en contra de las tres personas antes señaladas, quienes tienen la condición de accionistas de la sociedad, siendo ello improcedente según lo previsto en dicha norma.

Sin duda, el texto del artículo citado es muy claro e indica que la demanda de impugnación de decisiones sociales **debe** dirigirse en contra de la sociedad. Ello tiene plena coherencia con el presupuesto material de legitimación en la causa por pasiva por cuanto, como lo ha señalado nuestra H. Corte Suprema, *“La legitimación en la causa, lo ha señalado con insistencia la sala, es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, pues según concepto de CHIOVENDA, acogido por la Corte, la LEGITIMATIO AD CAUSAM consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción (legitimación por activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”*.⁷³ [Rad.6050 del 12 de junio de 2001].

En la medida en que la acción para la impugnación de decisiones sociales fue concedida por la Ley para ser dirigida en contra de la sociedad, solo puede predicarse respecto de ella la legitimación para ser demandada. Nótese además que en el presente trámite todas las pretensiones de la demanda principal están encaminadas a dejar sin validez, oponibilidad o efecto las decisiones de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad; no existe una sola pretensión que esté dirigida contra los demás accionistas de la sociedad por cuanto dicha demanda, como queda claro de lo señalado en los antecedentes de este laudo, solo pretende la impugnación de las decisiones

⁷¹ Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

⁷² Artículo 382 del Código General del Proceso: *“La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción. En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale. El auto que decreta la medida es apelable en el efecto devolutivo.”*

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo, Rad. 6050 del 12 de junio de 2001 .

sociales adoptadas en la reunión del pasado 1 de abril de 2015; sin abordar otras cuestiones o peticiones que pudieran ser exigibles a los demás demandados distintos de Gyptec. Así las cosas, el Tribunal declarará la prosperidad de estas dos excepciones de Jorge Hakim, Arkata y Ukiah que enervan respecto de ellos todas las pretensiones de la demanda, por lo que, según lo previsto en el artículo 282 del Código General del Proceso, se abstendrá de examinar las demás excepciones que ellos plantearon y así también lo señalará la parte resolutive de esta providencia.

Por otra parte, y concluyendo con el análisis de los presupuestos materiales señala el Tribunal que, a juicio de este Tribunal, tanto Carlos Hakim como Arkata y Ukiah cuentan con interés para obrar, pues ambas partes pretenden un conflicto en concreto, ambas quieren obtener una declaración que ponga fin a la controversia planteada, en el primer caso, en cuanto a la eficacia y validez de las decisiones impugnadas, y, en el segundo, en la titularidad de parte del Carlos Hakim de las acciones de Arkata y Ukiah. Así lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia en el siguiente pronunciamiento al referirse al interés para obrar:

“ (...) no es el que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la prestación correlativa, o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituir una situación jurídica por otra.”⁷⁴

Finalmente, encuentra el Tribunal, como último presupuesto material que ni respecto de la demanda principal, ni de la de reconvencción ha obrado prescripción alguna que hubiese dado lugar a desestimar las pretensiones por esa causa, y menos a haber proferido una sentencia anticipada como lo ordena el artículo 278 del Código General del Proceso.

3. ALCANCE DE LA DEMANDA PRINCIPAL – ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE DECISIONES SOCIALES

3.1. La Voluntad Social

A título de introducción y con el fin de delimitar el ámbito de actuación de este Tribunal, es necesario definir que el objeto mismo de la acción está referido a las cinco decisiones aprobadas en la asamblea de accionistas por derecho propio, que, como máximo órgano de la sociedad Gyptec, es el generador de la voluntad social al momento de tomar las decisiones relacionadas con las funciones previstas en la ley y los estatutos.

Las personas jurídicas expresan su voluntad por medio de sus órganos entre los cuales está la asamblea general conformada por *“aquellas personas físicas o pluralidad de estas a las que la ley faculta para decidir sobre asuntos sociales manifestando la voluntad de la sociedad”* (...) ⁷⁵

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 21 de febrero de 1966. Magistrado Ponente: Enrique López de la Pava.

⁷⁵ Joaquín Garrigues y Uría Rodrigo, Comentario de la ley de sociedades anónimas, Tomo 1, página 559

De manera que las determinaciones de la asamblea de accionistas no son expresión de la voluntad particular de los asociados, son la voluntad colectiva formada por el consenso mayoritario de sus integrantes; es esta voluntad colectiva la que se refleja en la asamblea y será el ángulo desde el cual este Tribunal habrá de revisar las decisiones adoptadas el 1 de abril de 2015.

Al decir del profesor Narváez “(...) *La voluntad de ella es propia y diferente de quienes la forman. Y una vez conformada y expresada esa voluntad con arreglo a la ley, su valor jurídico es igual que el reconocido a la voluntad de las personas físicas*⁷⁶.” O sea que “*en la deliberación de la asamblea se expresa la voluntad social*⁷⁷”

Esa voluntad social se forma con la concurrencia de la voluntad de todos los socios a través del mecanismo de las mayorías. “*En virtud de la aplicación de la llamada democracia societaria se configura entonces el interés colectivo y se adoptan las decisiones generales más importantes de la sociedad*”⁷⁸.

La voluntad colectiva se conforma en desarrollo del principio de las mayorías, como un acto jurídico en sí mismo que está orientado a producir los efectos previstos en la ley y en los estatutos; así considerada esta voluntad no es una única sino que brota de distintas voluntades individuales que conforman en un momento *la mayoría*, y constituyen en sí un acto jurídico complejo.

Éste principio de las mayorías que resuelve los mecanismos para adoptar la voluntad social se reglamenta a través del querer “*de los más*” mediante el principio de las mayorías decisorias o la mayoría para decidir. “(...) *un criterio que se estima razonable de organización de los intereses dispares y, en cada caso encontrados de los socios. Adoptar fórmulas que permitieran una decisiva intervención minoritaria abriría la posibilidad de vetos injustificados e incompatibles con la gestión de la empresa comercial. Los acuerdos por mayoría significan simplemente una solución dialéctica en el proceso de formación de la voluntad corporativa*⁷⁹.”

3.2. Impugnación de las Decisiones de la Asamblea General de Accionistas

Sea lo primero advertir que el objetivo de la impugnación es excluir de las decisiones sociales aquellas que fueron aprobadas en contra del ordenamiento legal y estatutario. En nuestro caso las decisiones adoptadas e impugnadas por la asamblea de Gyptec del 1 de abril de 2015, frente al orden legal que rige en la sociedad Gyptec; normativa que comprende sus propios estatutos sociales, el Código de Comercio en lo referente al régimen de las sociedades, particularmente las anónimas y el conjunto de normas imperativas y principios como la buena fe, que deben regir la legalidad de los actos jurídicos en el marco del derecho corporativo.

⁷⁶ Narváez García José I. Teoría General de las Sociedades, página 209.

⁷⁷ Ascarelli Tulio. Principios y problemas de la sociedad sociedades anónimas. México imprenta Universitaria 1951, página 60.

⁷⁸ Corte Constitucional sentencia SE 707 de 2005.

⁷⁹ Rubio Jesús, Curso de derecho de Sociedades Anónimas, página 204.

De esta manera la ley garantiza que el interés de la mayoría reflejado en la asamblea no se imponga por el desconocimiento de prescripciones legales que pueden desviar o desconocer los intereses de la misma sociedad o de los socios minoritarios; esta acción es una garantía de cumplimiento del marco legal sobre el cual manifiesta su expresión la voluntad social a través del máximo órgano de la sociedad, esto es la asamblea de accionistas.

La protección de este ordenamiento jurídico lleva a que el código de comercio de manera expresa determine las consecuencias para aquellas decisiones adoptadas en contravención al mismo, con sanciones tales como la **ineficacia, la nulidad y la inoponibilidad** de las mismas.

4. CONSIDERACIONES SOBRE LA EFICACIA DE LAS DECISIONES SOCIALES

Por el orden dispuesto en la Ley para sancionar las decisiones sociales que se han marginado del cumplimiento de las normas que regulan la materia, aun cuando no corresponda al orden en que fueron planteadas los eventuales defectos de dichas decisiones en la demanda principal, el Tribunal considera que en primer lugar debe hacerse un análisis sobre la eficacia de las decisiones de la Asamblea General de Accionistas adoptadas en la reunión por derecho propio del 1 de Abril del 2015, verificando el cumplimiento estricto del régimen dispuesto por el Código de Comercio, de cuya observancia y cumplimiento dependen la eficacia de cada una de las decisiones adoptadas, normas que en su mayoría son formales y de carácter imperativo.

Para empezar, debemos remitirnos a las reglas especiales sobre validez de las decisiones sociales, señaladas en el artículo 190 del Código de Comercio, que expresamente señala:

“ARTÍCULO 190. Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.”

Por su parte, el artículo 186 del mismo estatuto, por remisión directa del artículo 190, establece que las decisiones serán ineficaces cuando:

“ARTÍCULO 186. Las reuniones se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocatoria y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429.”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

La reunión objeto de análisis por este Tribunal es la asamblea por derecho propio llevada a cabo el día **1 de abril de 2015 a las 10:00 am en la sede de la administración de la compañía**, reguladas el artículo 422 del Código de Comercio.⁸⁰

En el caso presente, es claro que la asamblea por derecho propio es jurídicamente viable ante la ausencia de convocatoria para celebrar la asamblea ordinaria, siendo éste un hecho no controvertido en el proceso.

Revisadas las características del acta del 20 del 1 de abril del 2015 encontramos:

- a. La no necesidad de convocatoria, por cuanto al decir de la doctrina⁸¹ la convocatoria es legal, o sea que, la asamblea se celebra el primer día hábil del mes de abril a las 10 a.m.
- b. Se llevó a cabo en las instalaciones de la oficina principal de la administración del domicilio social, (Calle 90 No. 19-41 de Bogotá D.C.), aspecto sobre el cual no existe controversia alguna.
- c. Consta en el acta que la asamblea se inició a las 10:00 a.m. del primer día hábil de mes de abril, cumpliendo el requisito formal de la hora, expresamente señalado por el ya mencionado artículo 422 del Código de Comercio

De manera que no existe duda alguna en cuanto al cumplimiento de los requisitos de domicilio y convocatoria de la reunión por derecho propio objeto de debate.

El quórum⁸² deliberativo se integra con cualquier número plural de asociados, independiente del capital que representen⁸³. Consta en el acta la presencia de un numero plural de asociados equivalente al "99.99811671 % del capital de la empresa así:

I. VERIFICACIÓN DEL QUÓRUM.

Asistieron a la reunión:

Accionista	No. de Acciones	Porcentaje %	Representadas por
Arkata Investment Inc.	273.668	51,5394%	Carlos Darío Barrera Tapias
Ukiah International Corp.	257.289	48,4548%	Helena Céspedes
Jorge Hakim Tawil	10	0,001883%	Alvaro Romero Vargés
Carlos Hakim Daccach	10	0,001883%	Carolina Lopez
Total de acciones	530.977	99,99811671%	

Todos los apoderados presentan los poderes con los que obran, verificándose que están presentes y representadas 530.977 de las acciones suscritas y en circulación correspondientes al 99,99811671% del capital social de la empresa.

⁸⁰ Artículo 422 del Código de Comercio: " (...) Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad. Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión."

⁸¹ MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto, Cátedra de Derecho Contractual Societario, Editorial Legis, Segunda Edición, Bogotá D.C., página 299.

⁸² "Quórum: Voz latina que en su acepción original se define como "el número de individuos necesarios para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos" Diccionario de La Lengua Española, Real Academia Española, 19 ed. , página 1096

⁸³ Artículo 429 del Código de Comercio: Si se convoca a la asamblea y ésta no se lleva a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada. La nueva reunión deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión. Cuando la asamblea se reúna en sesión ordinaria por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, también podrá deliberar y decidir válidamente en los términos del inciso anterior. En las sociedades que negocien sus acciones en el mercado público de valores, en las reuniones de segunda convocatoria la asamblea sesionará y decidirá válidamente con uno o varios socios, cualquiera sea el número de acciones representadas.

Desde luego que además de la representación de la totalidad de las acciones suscritas en circulación, debemos resaltar la presencia del **número plural de asociados presentes**, requisito exigido por la ley.

En cuanto a la mayoría decisoria, las decisiones pueden tomarse válidamente con el voto de la mayoría presente en la asamblea, siempre que provenga de un **número plural de socios**, cualquiera que sea el capital que esté representado. En el caso que nos ocupa este requisito tuvo cabal cumplimiento.

De lo que se concluye que el quórum deliberativo y decisorio previsto en el artículo 429 del Código de Comercio se conservó a lo largo del desarrollo de la Asamblea y en la toma y de cada una de las decisiones adoptadas el 1 de abril de 2015.

En consecuencia, el requisito legal se alcanza plenamente al decir de la ley que la asamblea “decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada”⁸⁴, que en el caso específico sería el equivalente al 99.99811671% del capital suscrito.

La asamblea por derecho propio del 1 de abril de 2015 procedió, según consta en la mencionada acta, a desarrollar un temario previsto por el artículo 422 del Código de Comercio para las asambleas ordinarias:

“ARTÍCULO 422. Las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio, para examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social.”

La asamblea por derecho propio de Gyptec S.A. adoptó cada una de las decisiones con “los votos previstos en la ley” (art. 190 C.Co.), mayoría que se mantuvo durante el transcurso de toda la asamblea y específicamente en cada una de las decisiones adoptadas. Según se observa en el Acta cada una de las decisiones adoptadas se aprobó por 530.967 acciones presentes y fue votada en contra por el socio Carlos Hakim, cumpliendo en el caso el requisito de la pluralidad de asociados exigido por la ley y que corresponde a la mayoría de los votos presentes, mayoría ordinaria exigida por la ley como regla general para la adopción de las decisiones objeto de esta asamblea.


Finalmente hay que resaltar la constancia final de la aprobación del acta, que en cumplimiento del artículo 189⁸⁵ es prueba suficiente de que lo que consta en ella:

⁸⁴ Artículo 429 del Código de Comercio.

⁸⁵ “ARTÍCULO 189: Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en

IX. CIERRE.

Agotado el Orden del día y Aprobada el Acta por el 100% de las acciones presentes y representadas el Presidente la declara cerrada y se levanta la sesión siendo la 7:00 P.M.


CARLOS DARIO BARRERA TAPIAS
EL PRESIDENTE


ALVARO ROMERO VARGAS
EL SECRETARIO

La expresa aprobación del acta por el 100% de las acciones presentes permite al Tribunal culminar la verificación formal del acta 20 del 1 de abril de 2015, advirtiendo que hay plena prueba de los hechos en ella ocurridos.

No existe formalmente ninguna causal que a la luz del artículo 190 del Código de Comercio permita concluir que en el acta hay decisiones ineficaces. El reconocimiento de cualquiera de los presupuestos de ineficacia previstos por la ley societaria debe ser analizado y ante su eventual presencia debe reconocido por el juez competente, en este caso el Tribunal, quien en ejercicio de la función jurisdiccional que expresamente le atribuye el artículo 116 de nuestra Carta Política, no podría permanecer indiferente a la presencia de estas supuestas irregularidades expresamente calificadas por la ley como ineficacias de '*pleno derecho*', y debe reconocerlas en defensa de la seguridad jurídica que debe inspirar las actuaciones jurisdiccionales. Sin embargo, del análisis realizado por este Tribunal, como se expresó anteriormente, no se encuentra acreditada ninguno de los presupuestos de ineficacia señalados por la ley el artículo 190 y 433 del Código de Comercio.

5. CONSIDERACIONES SOBRE LA VALIDEZ DE LAS DECISIONES SOCIALES

5.1. La representación ilegítima de las sociedades Arkata y Ukiah

Afirma el demandante que las decisiones tomadas en la Asamblea de Accionistas fueron aprobadas sin la mayoría requerida en la ley, porque "*Jorge Hakim Tawil no es el representante legal legítimo de las sociedades Arkata y Ukiah*" y, por lo tanto, los poderes conferidos para representar a dichas sociedades en la Asamblea de Accionistas, no son válidos. El fundamento de tal hecho lo hace consistir la parte convocante en que las asambleas de Arkata y Ukiah no tenían el quórum deliberatorio ni las mayorías requeridas al momento de nombrar a Jorge Hakim.

Sobre este asunto específico, reposa en el expediente el certificado expedido por el Registro Público, autoridad panameña encargada de certificar la existencia y representación legal de las sociedades anónimas en Panamá, debidamente apostillado, documento en el que consta que Jorge Hakim es Presidente (por lo tanto, representante legal) y Secretario de las mencionadas sociedades. No existe en el expediente prueba en contrario que le reste eficacia o validez a la citada certificación

que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso. La copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas. A su vez, a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas."

de representación de Arkata y Ukiah ni que ponga en duda la representación legal de estas sociedades por parte de Jorge Hakim.

Cualquier juicio o calificación jurídica sobre la validez o eficacia de las decisiones tomadas en el seno de las sociedades Arkata o Ukiah está fuera de la competencia de este Tribunal en tanto que los contratos de sociedad de Arkata y Urkiah fueron celebrados en el exterior, Panamá, y no se ejecutan en Colombia, por lo que su régimen se escapa a la ley y jurisdicción colombianas.

El pacto arbitral que da fundamento a la competencia de este Tribunal solo se dirige a *“Las diferencias que ocurran entre los accionistas o entre éstos y la sociedad, o los representantes de un socio fallecido, durante la sociedad o el tiempo de su disolución, cuando no puedan ser directamente resueltas por ellos, se someterán a la decisión de tres (3)”*, todo ello exclusivamente referido a Gyptec, pues son sus estatutos los que contienen la cláusula compromisoria antes transcrita. Este pacto arbitral no comprende y, por tanto, excluye cualquier posibilidad de que este Tribunal se pronuncie sobre alguna diferencia relacionada con temas de representación o de composición accionaria y titularidad de las acciones de las sociedades Arkata y Ukiah, dentro del presente trámite.

Por las anteriores breves razones, no resulta de recibo lo alegado por Carlos Hakim en torno a la falta o ilegítima representación de estas compañías panameñas por parte de Jorge Hakim, las cuales fueron debidamente representadas en la Asamblea de Gyptec celebrada el 1 de abril de 2015. Ni desde el punto de vista sustancial, ni desde el formal o procesal corresponde a este Tribunal, pues, conocer o decidir sobre la validez o eficacia de las referidas asambleas de Arkata y Ukiah en las que se designó a Jorge Hakim como representante. No sobra resaltar y reiterar que los certificados aportados al expediente cumplen con los requisitos de apostilla establecidos en la Convención de La Haya ratificados tanto por Panamá como por Colombia. En consecuencia, lo que en ellos aparece en materia de representación de las citadas compañías es prueba suficiente de la misma.

Consta en el expediente pronunciamientos que en el mismo sentido han realizado otras autoridades nacionales como Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías⁸⁶ y la Superintendencia de Sociedades.⁸⁷

Finalmente, alega la parte demandante de manera insistente el hecho que *“el voto de Arkata y Urkiah fue al servicio de Jorge Hakim”*. Como se desprende de la declaración de la falta de competencia del Tribunal para resolver los asuntos relacionados con las mencionadas sociedades panameñas, no podría este Tribunal de manera legal entrar a hacer un análisis sobre la composición accionaria o el sistema de representación en el seno de Arkata y Urkiah que le permitiera

⁸⁶ Audiencia de Solicitud de Restablecimiento del Derecho Juzgado Cuarenta y Ocho Penal Municipal con Función de Control De Garantías, que se adjuntó como Prueba Documental a esta contestación.

⁸⁷ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos para Asuntos Mercantiles, Auto que negó la suspensión provisional presentada por Carlos Hakim Daccach en el proceso verbal sumario No. 2013-801-091.

desentrañar los móviles o intereses de sus socios o representantes al momento de ejecutar los actos sociales reglados en el marco de un contrato social ajeno al que nos convoca en este Tribunal.

5.2. El derecho de inspección y su ejercicio previo a la asamblea del 1º de abril de 2015

Será menester analizar a continuación si el ejercicio del derecho de inspeccionar libremente los libros y papeles sociales que el artículo 397 del Código de Comercio concede a los accionistas de una sociedad anónima dentro de los 15 días anteriores a la celebración de la asamblea general fue vulnerado o coartado por la imposición de límites excesivos impuestos por los administradores de GYPTEC al accionista Carlos Hakim, persona natural que ostenta la calidad de socio de la citada compañía y de convocante en el presente proceso arbitral.

Sea lo primero expresar a este respecto que, como acertadamente lo indica la Superintendencia de Sociedades, el derecho de inspección establecido en favor de los socios de sociedades se encuentra consagrado en los artículos 314, 328, 369, 379 numeral 4º, 422 y 447 del Código de Comercio, así como en los artículos 48 de la Ley 222 de 1995 y 20 y 21 de la Ley 1258 de 2008.

De las normas antes citadas, comienza el Tribunal por hacer especial referencia al numeral 4º del artículo 379 del Código de Comercio, conforme al cual todo accionista tiene el derecho “*de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los 15 días hábiles anteriores a las reuniones de la Asamblea General en que se examinen los balances de fin de ejercicio*” y al numeral 6 del artículo 48 de la Ley 225 de 1995 que establece como deber del administrador “*Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos*”. Como complemento de la anterior disposición es forzoso citar el primer inciso del artículo 447 de la misma codificación, a cuyo tenor “Los documentos indicados en el artículo anterior⁸⁸, **junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley, deberán ponerse a disposición de los accionistas en**

⁸⁸ Artículo 446: “La junta directiva y el representante legal presentarán a la asamblea, para su aprobación o improbación, el balance de cada ejercicio, acompañado de los siguientes documentos:

- 1) El detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias del correspondiente ejercicio social, con especificación de las apropiaciones hechas por concepto de depreciación de activos fijos y de amortización de intangibles;
- 2) Un proyecto de distribución de utilidades repartibles con la deducción de la suma calculada para el pago del impuesto sobre la renta y sus complementarios por el correspondiente ejercicio gravable;
- 3) El informe de la junta directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad, que contendrá además de los datos contables y estadísticos pertinentes, los que a continuación se enumeran:
 - a) Detalle de los egresos por concepto de salarios, honorarios, viáticos gastos de representación, bonificaciones, prestaciones en dinero y en especie, erogaciones por concepto de transporte y cualquiera otra clase de remuneraciones que hubiere percibido cada uno de los directivos de la sociedad;
 - b) Las erogaciones por los mismos conceptos indicados en el literal anterior, que se hubieren hecho en favor de asesores o gestores vinculados o no a la sociedad mediante contrato de trabajo, cuando la principal función que realicen consista en tramitar asuntos ante entidades públicas o privadas, o aconsejar o preparar estudios para adelantar tales tramitaciones;
 - c) Las transferencias de dinero y demás bienes, a título gratuito o a cualquier otro que pueda asimilarse a éste, efectuadas en favor de personas naturales o jurídicas;
 - d) Los gastos de propaganda y de relaciones públicas, discriminados unos y otros;
 - e) Los dineros u otros bienes que la sociedad posea en el exterior y las obligaciones en moneda extranjera, y
 - f) Las inversiones discriminadas de la compañía en otras sociedades, nacionales o extranjeras;
- 4) Un informe escrito del representante legal sobre la forma como hubiere llevado a cabo su gestión, y las medidas cuya adopción recomiende a la asamblea, y
- 5) El informe escrito del revisor fiscal.”

las oficinas de la administración, durante los quince días hábiles que precedan a la reunión de la asamblea (...). (Las negrillas no son del texto).

Por su parte, el artículo 48 de la ley 222 de 1995 estableció lo siguiente:

“Los socios podrán ejercer el derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la ley, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad. En ningún caso, este derecho se extenderá a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.

“Las controversias que se susciten en relación con el derecho de inspección serán resueltas por la entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control. En caso de que la autoridad considere que hay lugar al suministro de información, impartirá la orden respectiva.

“Los administradores que impidieren el ejercicio del derecho de inspección o el revisor fiscal que conociendo de aquel incumplimiento se abstuviera de denunciarlo oportunamente, incurrirán en causal de remoción. La medida deberá hacerse efectiva por la persona u órgano competente para ello o, en subsidio, por la entidad gubernamental que ejerza la inspección, vigilancia o control del ente”.

En punto tocante con la doctrina, conviene citar, por su importancia, algunos tratadistas nacionales, a saber:

El profesor José Ignacio Narváez, quien, en lo relativo al derecho de inspección, manifiesta que “Se trata de uno de los derechos esenciales que confiere el status socii, y consiste en la facultad de examinar los libros y papeles de la sociedad con miras a enterarse de la situación del patrimonio social, de la forma como éste se maneja y de exigir información acerca de las actividades de la compañía...”⁸⁹

El tratadista Francisco Reyes Villamizar, por su parte, señala que

“Como se recordará, los accionistas de la sociedad anónima no tienen una vocación directa de participar en la administración de la sociedad (ésta es delegada en gestores temporales y revocables). Por ello, la ley les permite acceder a ciertos documentos relacionados con el desempeño de la sociedad durante el periodo contable y a otros que se refieren a operaciones de gran trascendencia para la sociedad. Es lo que ha dado en llamarse el derecho de fiscalización individual.

⁸⁹ Narváez García, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Séptima Edición –Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1996, página 308.

“Por cuanto –como es natural- el ejercicio permanente de un derecho es esta naturaleza dificultaría en extremo el funcionamiento normal de la sociedad anónima, la ley restringe el tiempo dentro del cual puede cumplirse la fiscalización sobre los documentos mencionados. Así, de conformidad con lo previsto en los artículos 447 del Código de Comercio y 48 de la ley 222 de 1995, los accionistas pueden inspeccionar con entera libertad los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en las que se examinen los estados financieros de fin de ejercicio.”⁹⁰

La Superintendencia de Sociedades ha emitido diversos conceptos y circulares sobre el derecho de inspección, de los cuales el Tribunal se permite citar su más reciente pronunciamiento sobre el particular:

“El derecho de inspección es una prerrogativa individual inherente a la calidad de asociado y uno de los pilares fundamentales del gobierno corporativo. Consiste en la facultad que les asiste a los asociados de examinar, directamente o mediante persona delegada para el efecto, los libros y papeles de la sociedad, con el fin de enterarse de la situación administrativa, financiera, contable y jurídica de la sociedad en la cual realizaron sus aportes. Este derecho, de manera correlativa, implica la obligación de los administradores de entregar la referida información, en los términos y condiciones que exigen tanto las normas contables, como las normas propias del ordenamiento societario, y los estatutos sociales de cada sociedad...”

“Si bien el derecho de inspección pertenece a la categoría de los derechos inderogables de los asociados, y se trata de un derecho esencial que tiene una finalidad fundamentalmente informativa, no por ello se puede afirmar que tiene un carácter absoluto frente a las sociedades, sino que por el contrario está limitado por la ley, tanto por su alcance temporal, como por su extensión material...”

“Así mismo, es de advertir que es deber de los administradores tener a disposición de los asociados en forma permanente los libros y demás documentos que señale la ley, es decir, dicha información debe encontrarse disponible al momento en que cualquiera de ellos acuda a las oficinas de la sociedad para su inspección (Numeral 6. del artículo 23 de la Ley 222 de 1995)...

“En materia del contenido o extensión del derecho de inspección éste también tiene una limitación, de manera que no se puede predicar de forma indefinida e ilimitada a toda clase de libros y papeles del comerciante, por más que esté obligado a llevarlos, sino, en particular, a aquellos que tengan relación directa con las materias o asuntos propios de las asambleas ordinarias, y siempre y cuando no se trate de documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad (Artículo 48 de la Ley 222 de 1995)...

⁹⁰ Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario. Segunda Edición –Bogotá, Temis, 2014, página 397.

“Debe entenderse que los asociados tienen derecho a acceder a todos aquellos documentos previstos en el artículo 446 del Código de Comercio, como también a los libros y demás comprobantes exigidos por la ley (Art. 447 ibídem.), de tal suerte que puedan documentarse suficiente y adecuadamente sobre el aspecto económico de la compañía en pos de posibilitar una participación activa en la asamblea, como también el que puedan votar a conciencia las diferentes determinaciones puestas a su consideración en lo que a esos temas se refieran.

“Atendiendo lo anterior, para efectos del derecho de inspección, previo a la reunión ordinaria del máximo órgano social, no es posible solicitar que se ponga a disposición de los accionistas documentos distintos de los señalados en los artículos 379 y 446 del Código de Comercio, tales como contratos comerciales, laborales, presupuestos de la compañía, entre otros; por cuanto la ley no previó dicha posibilidad...

“Así mismo, como se trata de una labor de fiscalización con finalidades puramente informativas, los socios no están facultados para hacer anotaciones de ninguna clase sobre los documentos facilitados ni para conocer y mucho menos difundir la información amparada con reserva documental, como los secretos técnicos, industriales o de política comercial ni entorpecer la marcha administrativa de la gerencia.

“El administrador que impidiere el ejercicio del derecho de inspección y el revisor fiscal que conociendo de su incumplimiento se abstuviere de denunciarlo oportunamente, incurrirán en causal de remoción. La medida deberá hacerse efectiva por la persona u órgano competente para ello o, en subsidio, por la entidad gubernamental que ejerza la inspección, vigilancia o control del ente. Así mismo, las controversias que se susciten en relación con el derecho de inspección serán resueltas por la entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control. En caso de que la autoridad considere que hay lugar al suministro de información, impartirá la orden respectiva.

“Para contar con los elementos que permitan dirimir las controversias a que haya lugar, es importante que los asociados a los cuales se les niegue el ejercicio del mencionado derecho, y los administradores que sí lo permitan, dejen constancia escrita de esta circunstancia, lo que facilita el trámite de la correspondiente investigación.

“Independientemente de las sanciones que procedan, conviene aclarar que la inobservancia de las disposiciones legales que regulan el derecho de inspección no acarrea la ineficacia de las decisiones sociales, sino que da lugar al derecho de impugnación de aquellas, con sujeción a los artículos 190 y 191 del Código de Comercio... (la negrilla es del Tribunal)

“Por otro lado, por constituir el derecho de inspección una herramienta necesaria para el cabal ejercicio del derecho de voto, mediante el cual puede controlarse la gestión social para obtener el mayor beneficio del capital aportado, no resulta procedente que el socio renuncie a su derecho de inspección, ni siquiera por unanimidad de la Asamblea de Accionistas, por cuanto cualquier eventualidad que altere el ejercicio del referido derecho constituye una irregularidad que afecta uno

de los derechos políticos del socio, sin perjuicio de la sanción que pueda recaer sobre los administradores.”⁹¹

Resumiendo lo expuesto precedentemente sobre el derecho de inspección, resulta que este es, precisamente, “*uno de los pilares fundamentales del gobierno corporativo*” que faculta a los socios de toda sociedad anónima, una vez al año y dentro de los 15 días que preceden a la celebración de la asamblea general de accionistas, a ejercerlo libremente, en los términos señalados en la ley, sobre los libros y demás papeles de la sociedad, los cuales deben estar a disposición de los socios de la compañía. Que, como tal, dicho derecho no es renunciable ni es absoluto, en tanto y en cuanto su ejercicio no debe entorpecer la vida normal y productiva de la empresa y puede estar sujeto a ciertas reglas establecidas por esta para su cumplimiento. Que constituye para el socio “*una herramienta necesaria para el cabal ejercicio del derecho de voto, mediante el cual puede controlarse la gestión social para obtener el mayor beneficio del capital aportado*” y la única oportunidad del socio accionista de una sociedad anónima para “*examinar los libros y papeles de la sociedad con miras a enterarse de la situación del patrimonio social, de la forma como éste se maneja y de exigir información acerca de las actividades de la compañía*”. Que, en consecuencia, el ejercicio del derecho de inspección les permite a los socios acceder a información sobre los bienes y el contenido y alcance de los negocios sociales para que los accionistas tengan cabal y completa información sobre el desarrollo, curso y proyecciones presentes y futuras de la empresa, con el objeto de que participen, deliberen y voten con conocimiento sobre los informes, la rendición de cuentas y el balance de fin de ejercicio que los administradores someten a la consideración y aprobación de la respectiva asamblea.

A continuación, el Tribunal se referirá a la prueba documental y testimonial que obra en el expediente en relación con el ejercicio del derecho de inspección de los socios que precedió en el tiempo a la Asamblea General de Accionistas de Gypotec, celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015. Lo anterior, con el objeto de establecer, previa valoración de la misma, si le asiste o no razón a Carlos Hakim, en su calidad de parte convocante, en su alegada vulneración del derecho de inspección que, por conducto de apoderado, hizo constar de manera reiterada en tres distintas oportunidades desde el inicio de su ejercicio y también durante el curso de la asamblea general de accionistas.

Para el mencionado análisis, el Tribunal da especial importancia a las siguientes pruebas que obran en el expediente:

A. Documento titulado “*Protocolo de Ejercicio del Derecho de Inspección*” preparado para poner en conocimiento de los accionistas de la Sociedad durante el ejercicio de su derecho de inspección, que corresponde al Anexo 1 de la carta dirigida por correo electrónico a Jorge Hakim GYPTEC S.A. el 9 de marzo de 2015 por los abogados de la firma POSSE HERRA RUIZ con sus consideraciones respecto del alcance del derecho de los accionistas de GYPTEC para inspeccionar documentos y

⁹¹ Circular Externa de fecha 21 de marzo de 2017, Superintendencia de Sociedades.

libros de la sociedad durante los 15 días hábiles precedentes a la reunión ordinaria de la asamblea general de Accionistas, solicitados y decretados como prueba en este proceso arbitral. Mediante esta carta y el Protocolo la administración de Gyptec estableció unilateralmente, pues no fueron autorizados estos documentos por la Asamblea de Accionistas ni por la Junta Directiva de GYPTEC, *“las reglas que deberán observar en todo momento los accionistas que ejerzan su derecho legal de Inspección sobre los documentos de la Sociedad”*. Dicho Protocolo señaló para este efecto distintas limitaciones, entre las cuales se destacan las siguientes:

“(…) C. SOLICITUD DE NUEVOS DOCUMENTOS:

“1. Si el accionista que se encuentra ejerciendo el derecho de inspección, requiere información adicional que haga parte del derecho de inspección que le asiste, tal solicitud deberá dirigirse por escrito a la administración de la Sociedad para su consideración.

“2. La solicitud de información será contestada por la Sociedad dentro del día hábil siguiente en que la solicitud escrita sea entregada a la administración de la Sociedad.”

“ D. INFORMACION EXCLUIDA

“De conformidad con las disposiciones legales aplicables y vigentes, se excluyen del derecho de inspección, y por lo tanto no estar a disposición de los accionistas de la Sociedad, la información que se indica a continuación:

“1. Información relacionada con la actividad, operación y negocios de la sociedad;

“2. Documentos que contienen secretos empresariales;

“3. documentos que contengan datos que, al ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la Sociedad; ni

“4. documentos de carácter confidencial

“E. ACTIVIDADES RESTRINGIDAS:

“(…) 1. Sacar copias o cualquier forma de reproducción de los documentos puestos a su disposición;

“2. Tomar registros fotográficos o digitales de los documentos puestos a su disposición;

“3. Tomar anotaciones de los documentos puestos a su disposición; ni

“4. Tomar llamadas telefónicas mientras se hace la revisión de los documentos puestos a su disposición. Para ello y sin ninguna excepción las llamadas telefónicas deberán ser atendidas por los accionistas afuera de las instalaciones de la sociedad previstas para el ejercicio del derecho inspección”.

En la carta de 9 de marzo de 2015 antes referida se limita más aún el derecho de inspección de los accionistas de Gyptec con las siguientes consideraciones de POSSE, HERRERA, RUIZ:

“ 4.1.1. Documentación limitada al Derecho de Inspección

“(a) Ejercicio de los Documentos que se Presentan. Al ser un derecho meramente informativo el accionista o su representante sólo podrá examinar información financiera y administrativa de la sociedad referente al último ejercicio de la compañía; (...)”

“(b) Información sobre Actividades, Operaciones y Negocios del Ente Social. Ni los accionistas ni sus representantes están facultados para examinar información sobre “actividades, operaciones y negocios del ente social.”

“4.3.3. En este sentido, los accionistas tampoco hacer anotaciones de ninguna clase respecto de los documentos puestos a su disposición para la revisión.”

B. Testimonio del contador de Gyptec, señor Jaime Leonardo Benítez Tinoco, rendido en la audiencia celebrada el 23 de noviembre de 2016, de cuyo contenido el Tribunal hace énfasis en los siguientes textuales apartes:

“(...) DR. BARRAGÁN: ... Cuénteme quién le instruyó a usted para atender el derecho de inspección de la asamblea ordinaria de accionistas del año 2015.

SR. BENÍTEZ: Básicamente nosotros éramos un área que estaba conformada por 4-5 personas de contabilidad, yo tenía línea directa con la contadora en ese momento y la instrucción que recibí fue el protocolo escrito que nos proporcionó la gerencia, la administración para atender la visita.

DR. BARRAGÁN: ¿Y a ese protocolo se le dio cumplimiento?

SR. BENÍTEZ: Yo diría que sí se le dio cumplimiento.

DR. BARRAGÁN: ¿Usted cuánto tiempo estuvo supervisando la labor de las personas que estaban?

SR. BENÍTEZ: Yo estuve todo el tiempo como la persona que atendió la visita, me ausenté unos momentos en que se solicitaban los documentos auxiliares y en ese momento venía una compañera a reemplazarme mientras yo salía a traer los documentos.

DR. BARRAGÁN: Tomar anotaciones de los documentos puestos a su disposición.

SR. BENÍTEZ: Tomaron anotaciones, es una bobada que en un momento tuvimos un encontrón por una hoja de papel porque necesitaban papel para tomar las anotaciones pero eso es una pequeñez que les prestamos el papel, tanto así que pudieron hacer sus anotaciones para hacer las solicitudes por escrito de manera manuscrita en nuestra propia oficina.

DR. BARRAGÁN: Pero ellos tenían la posibilidad, y usted está bajo juramento doctor Benítez, de tomar nota sobre los documentos que estaban observando en su presencia?

SR. BENÍTEZ: *Sí tenían la posibilidad porque yo en ningún momento les negué, que lo hayan hecho o no ya fue potestad de los abogados, pero yo en ningún momento les negué porque como le digo me parecía también una cosa muy indelicada de decirles no, irles a quitar un esfero tampoco.*

DR. PARDO: Pero usted dice que no tenían papeles.

SR. BENÍTEZ: No, mencioné el caso porque ahí se notó el... (Interpelado)

DR. PARDO: *Verificaba que no tenía papel.*

SR. BENÍTEZ: *No tenían papel en ese momento, pero después les proporcionamos el papel porque las cosas fueron un poco tensas entonces ahí tiene uno que manejar la calma en ese momento.*

DR. BARRAGÁN: Y por qué estaban las cosas tensas?

SR. BENÍTEZ: Porque los abogados de su oficina, Doctor, eran un poquito incisivos y bastante malgeniados con el protocolo que se les proporcionó.

DR. BARRAGÁN: Y por qué estaban malgeniados con el protocolo?

SR. BENÍTEZ: Según lo que yo entendí y consignaron es que se les violaba el derecho a ver los documentos pero se les puso de presente toda la documentación.

DR. BARRAGÁN: Hubo quejas de ellos durante el ejercicio del derecho de inspección en relación con los documentos que estaban siendo entregados?

SR. BENÍTEZ: En relación con los documentos que estaban siendo entregados no, en relación con los documentos que ellos iban a pedir que les exhibieran aparte de los documentos que ellos ya les estaban presentando dentro del derecho de inspección.

DR. BARRAGÁN: *Para quedar absolutamente claros, en su presencia los abogados de la firma para la cual yo trabajo tomaron nota de los documentos que les estaban siendo exhibidos, usted le permitió a esas personas tomar nota de esos documentos?*

SR. BENÍTEZ: *Tomaron nota de las cifras puntuales que querían preguntar en los estados financieros y en los libros de contabilidad.*

DR. BARRAGÁN: *De las cifras.*

SR. BENÍTEZ: *Sí porque es evidente que las cifras las tenían muy presentes en el momento en que presentaron el escrito de solicitud de documentos.*

DR. BARRAGÁN: Pero usted los vio tomando las notas de las cifras?

SR. BENÍTEZ: Yo me senté con la doctora en una mesa auxiliar donde ella hizo su escrito.

DR. BARRAGÁN: Ese fue el único escrito que usted presenció que desarrolló la doctora o hubo otra serie de anotaciones que pudo haber presenciado la doctora?

SR. BENÍTEZ: Pues la verdad mi concentración en ese momento era que no se tomaran nota sobre los documentos que ella estaba mirando, o sea conservar la integridad del documento que estaban exhibiendo, ya si ella tomó nota pues ella tenía sus elementos de trabajo: su maleta, su libreta, sus cosas, me imagino que en algún momento pudo haber tomado las notas.

DR. BARRAGÁN: Pero yo no le estoy preguntando lo que usted se imagina sino lo que usted percibió directamente, ella tomó notas en frente suyo?

SR. BENÍTEZ: Le confirmo Doctor lo que le dije anteriormente, yo me senté con ella en una mesa auxiliar a tomar las notas que ella consideraba necesarias para pedir los documentos.

DR. BARRAGÁN: Para pedir documentos que hacían falta.

SR. BENÍTEZ: Sí señor.

DR. BARRAGÁN: Pero no, yo no le estoy preguntando por eso, le estoy preguntando es, distinto de eso que ya entendimos que fue un evento en el cual ella tomó nota sobre documentos que hacían falta para entregárselo a usted, le estoy preguntando si usted, en su presencia ella tomó nota o pudo tomar notas de los documentos que le estaban siendo exhibidos?

SR. BENÍTEZ: No creo que en el momento que estuviera ahí ella hubiera podido tomar notas porque ella estaba muy concentrada leyendo las actas y esas cosas, creo que en ese momento no tomó notas ahí precisamente pero sí los tomó en el momento en que yo retiré el documento, con el documento presente no, pero en el momento en que yo le retiro el documento ella hizo sus anotaciones normales como cualquier ayuda de memoria me imagino.

DR. BARRAGÁN: Los documentos que solicitaron en ejercicio del derecho de inspección por escrito, les fueron entregados en su totalidad a las personas que estaban ejerciendo el derecho de inspección?

SR. BENÍTEZ: Los que correspondían al derecho de inspección se pusieron a disposición desde el primer momento, hay unas solicitudes que hicieron posteriormente que las hizo el señor Obonaga, que las hizo en su calidad de perito experto, entonces esas ya eran unas solicitudes a nivel general de la contabilidad que se iban a un volumen demasiado fuerte que así hubiéramos tenido todo el tiempo porque eran cinco días lo que teníamos, yo creo que habría sido imposible porque estábamos hablando de más de 300 libros que habría que revisar en su caso para el peritaje que estaba haciendo el señor Obonaga. (...)

DR. BARRAGÁN: ¿La información relacionada con la actividad, operación y negocios de la sociedad se puso a disposición de los accionistas en ejercicio del derecho de inspección?

SR. BENÍTEZ: Sí.

DR. BARRAGÁN: Dicen, “documentos de carácter confidencial que estaban excluidos”, ¿específicamente a usted se le mencionó algún documento de carácter confidencial que no debía ser incluido dentro del cuarto de datos del ejercicio del derecho de inspección?

SR. BENÍTEZ: No señor, yo no tuve ninguna mención de que no se mostrara ningún documento en especial...”. (Las negrillas no son del texto).

C. Testimonio de la Secretaria General de Gyptec, doctora María Clemencia Rodríguez Alvira, rendido ante el tribunal ese mismo día y del cual se extraiga lo siguiente:

DR. BARRAGÁN: Dentro del protocolo se dice que hay unas actividades restringidas, pero sabe que antes de esa pregunta, ¿quién le entregó a usted físicamente el protocolo para ser incorporado dentro del derecho de inspección de los accionistas?

SRA. RODRÍGUEZ: La oficina del doctor Posse envió al representante legal el protocolo y se hizo parte dentro de la actividad que debíamos llevar para atender debidamente el derecho de inspección.

DR. BARRAGÁN: Dice, “no se permiten, según las actividades restringidas, numeral tercero, tomar anotaciones de los documentos puestos a su disposición”, ¿se permitió tomar notas personales de los documentos que estaban siendo puestos a su disposición?

SRA. RODRÍGUEZ: Sí, se permitió tomar notas, tan es así que hay varios documentos de la doctora Paola y del señor Obonaga que ejerció también como perito de Deloitte y tomaron notas, tan es así que existen los documentos y están aportados en donde hacen referencia a los valores, a las diferentes anotaciones que hay en los estados financieros.

DR. BARRAGÁN: ¿Esta disposición no se hizo exigible durante el ejercicio del derecho de inspección, es decir, sí se permitió tomar anotaciones?

SRA. RODRÍGUEZ: Se tomaron las anotaciones respecto de lo que se les estaba exhibiendo, pero no frente al documento cómo está, sino respecto de los valores y cómo está, lo determino porque hay unas peticiones por escrito que lo establecen.

DR. SUÁREZ: ¿Cuándo recibieron ustedes ese protocolo de la oficina del doctor Posse, qué fecha tiene el protocolo, cuándo ingresó a la compañía Gyptec ese protocolo?

SRA. RODRÍGUEZ: Si no estoy mal como el 15 de marzo, no sé o 3 de marzo, no sé exactamente.

DR. SUÁREZ: ¿De qué año?

SRA. RODRÍGUEZ: Del 2015.

DR. SUÁREZ: ¿Llegó con una carta remisoria, cómo llegó eso?

SRA. RODRÍGUEZ: Llegó vía correo electrónico.

DR. SUÁREZ: ¿Cuándo recibieron ustedes ese protocolo de la oficina del doctor Posse, qué fecha tiene el protocolo, cuándo ingresó a la compañía Gyptec ese protocolo?

SRA. RODRÍGUEZ: Si no estoy mal como el 15 de marzo, no sé o 3 de marzo, no sé exactamente.

DR. SUÁREZ: ¿De qué año?

SRA. RODRÍGUEZ: Del 2015.

DR. SUÁREZ: ¿Llegó con una carta remisoría, cómo llegó eso?

SRA. RODRÍGUEZ: Llegó vía correo electrónico.

DR. BARRAGÁN: Su respuesta y reitero la pregunta para efectos del acta, es, ¿a usted le consta que alguna persona durante el tiempo en que usted estuvo ahí tomó notas o fue permitida tomar notas de los documentos que estaban siendo exhibidos?

SRA. RODRÍGUEZ: No.

DR. BARRAGÁN: ¿Este protocolo o algo similar existió con relación a las demás actas o a las demás reuniones de asamblea de accionistas que tuvieron lugar en años anteriores?

SRA. RODRÍGUEZ: No.

DR. BARRAGÁN: ¿Esta es la primera vez que se implementa este?

SRA. RODRÍGUEZ: Es la primera vez.

DR. SUÁREZ: Perdón doctor. ¿Sabe usted la razón por la cual fue solicitado ese protocolo y por qué con anterioridad no se exigieron conductas similares a las que allí se demandaban?

SRA. RODRÍGUEZ: Sí, porque fue, en ese momento nosotros estábamos también a la Superintendencia de Sociedades y estábamos atendiendo la inspección que estaba por parte de la Superintendencia de Sociedades en ese momento, entonces había muy pocas personas atendiendo todas las actividades y adicional en años anteriores se volvía muy difícil atender el derecho solicitado por los abogados que iban a pedir porque pedían absolutamente todo, entonces se volvía muy difícil para nosotros y sobre todo para la parte contable que estaba llevando a cabo la actividad atender el derecho de inspección sin que se generara un problema para los empleados, entonces se trató de hacerlo lo más claro posible para poder atender tanto a la Superintendencia de Sociedades, si no estoy mal ya estaban los de Price y también el derecho de inspección. Había con anterioridad mucho problema para la atención, siempre se dejaban las constancias diciendo que no se había contado con la presentación de toda la documentación, se pedía absolutamente todo y llegaba un momento en que nosotros necesitábamos como tener un protocolo para poder atenderlo adecuadamente y conforme a los alcances que se habían establecido por las entidades correspondientes, por las autoridades correspondientes.

DR. BARRAGÁN: ¿Usted nos puede indicar si hubo alguna queja por parte de los apoderados de Carlos Hakim Daccach en relación con el ejercicio del derecho de inspección y cuál fue el trámite que se le dio a la misma en caso positivo?

SRA. RODRÍGUEZ: Sí, presentaron los documentos que están aportados acá en donde solicitaron se les entregara una serie de documentos y donde manifestaron que no estaban de acuerdo con el protocolo y frente a la información que se estaba solicitando y la radicaron en la compañía.

DR. BARRAGÁN: ¿Cuál fue el trámite que se le dio?

SRA. RODRÍGUEZ: Se analizó el trámite y se le dio respuesta en donde se le está diciendo que efectivamente sí se le estaba haciendo entrega de la totalidad de los documentos, que el protocolo lo que estaba solicitando era que nos dijeran qué documentos puntuales se necesitaban para hacerles entrega al día siguiente, se le entregó el documento o se fue hacerle entrega del documento a la doctora Paola, la doctora Paola se rehusó a recibirlo, entonces se le envió por correo electrónico.

DR. BARRAGÁN: ¿Quién hizo el análisis de esa solicitud o de esa queja de la doctora Paola a nombre de Carlos Hakim Daccach?

SRA. RODRÍGUEZ: Yo le contesté.

DR. BARRAGÁN: ¿Usted nos puede indicar cuáles fueron las razones por las cuales no fue atendida la solicitud de la doctora Paola?

SRA. RODRÍGUEZ: Nosotros le manifestamos, eso está aportado dentro del expediente, en donde nosotros le habíamos puesto la totalidad de los documentos, inclusive de las actas de asamblea del 2004 al 2014 que se estaba llevando a cabo y se le ponía toda la totalidad de documentos a su disposición y que por favor nos dijera frente a los documentos puntuales que requería, cuáles eran para efectivamente entregárselos al día siguiente, porque para nosotros era imposible hacerle entrega de absolutamente toda la información sin que ella determinara cuál era la información que requería.

DR. BARRAGÁN: Aquí se dice que no se puede examinar o es mi entendimiento y me corrige, no se pueden examinar los documentos que versen sobre actividades, operaciones y negocios del ente social porque solamente se pueden referir sobre el aspecto económico, le pregunto a usted como secretaria general de la compañía, ¿cuál fue su entendimiento en relación con este tema y cómo es que ese entendimiento se implementó al ejercicio del derecho de inspección que ejerció Carlos Hakim Daccach?

SRA. RODRÍGUEZ: De acuerdo con lo que se estableció y el entendimiento que nosotros teníamos era que cuando se pedían documentos adicionales lo hacían por escrito y nosotros analizábamos y creo que así fue, si estaba o no dentro de lo que se podía considerar que era información que fuera revestida de alguna operación y negocio que debiera ser relacionado con actividades que pudieran generarle algún perjuicio a la compañía y se contestaba por escrito, si mi memoria no me falla sobre eso no hubo ninguna negación y se puede ver que no hubo negación a entregarles las solicitudes de los que solicitaron y lo que se entregó.

DR. SUÁREZ: En el ejercicio que se hizo del derecho de inspección de los libros, antes de la asamblea por derecho propio, ¿hubo solicitudes por escrito de documentos que hubiesen sido negados por ustedes?

SRA. RODRÍGUEZ: No que yo sepa.

DR. PARDO: Si he entendido bien, ¿después viene la solicitud escrita de los apoderados del doctor Carlos Hakim que se formula por escrito y ustedes las respondieron afirmativamente en el sentido de exhibirle los documentos que ellos adicionalmente estaban solicitando?

SRA. RODRÍGUEZ: *Sí, tan se les exhibieron que después no dejaron ninguna constancia adicional, se les exhibieron al señor Francisco Obonaga porque en principio los solicitó la doctora Paola Guerrero donde hace ya solicitudes expresas de cada uno de los temas y solicita frente a cada tema qué es lo que quiere ver.*

DR. PARDO: *¿Usted impidió en algún momento el que se tomaran notas por parte de los asistentes en el derecho de inspección cuando usted estuvo presente en algún momento, hizo alguna manifestación en ese sentido de que no podían tomar nota?*

SRA. RODRÍGUEZ: *No.*

DR. BARRAGÁN: *(...) ¿Estaba a disposición de los accionistas información relacionada con la operación que se describe en el literal 2.5 de venta de activos dentro del cuarto de datos que se puso a disposición de los accionistas en ejercicio del derecho de inspección?*

SRA. RODRÍGUEZ: *No, dentro del cuarto de datos no, pero dentro de la compañía sí, porque dentro del cuarto de datos nosotros no teníamos dentro del cuarto de datos la información ahí, estaban los libros y papeles y los documentos, las actas de junta, las actas de los acreedores, toda esa documentación estaba ahí, en la medida que se iba solicitando la información se les entregaba.*

DR. SUÁREZ: *¿Había en esa base de datos información, mejor dicho, lo que dice en el informe de gestión, se refería a operaciones del año 2014 o del 2015?*

SRA. RODRÍGUEZ: *No, del 2014, donde se está diciendo que se está llevando a cabo una actividad para la venta del drywall y eso era un tema que... (Interpelado)*

DR. SUÁREZ: *Entonces él le está preguntando que si en los libros exhibidos había información sobre ese tema, cartas, no sé qué información.*

SRA. RODRÍGUEZ: *Tuvo que haber actas del 2014 que si se hablaba del tema están las actas del 2014 en ese momento, esa información estaba.*

DR. POSSE: *le cambio la pregunta, ¿los apoderados de Carlos Hakim hicieron solicitud por escrito de que les exhibieran alguna documentación?*

SRA. RODRÍGUEZ: *Sí.*

DR. POSSE: *¿Alguna de esa documentación que solicitaron que les exhibieran no fue exhibida?*

SRA. RODRÍGUEZ: *No, toda fue exhibida.” (Las negrillas no son del texto).*

En cuanto específicamente se refiere a la sociedad anónima que es lo que interesa al Tribunal, dado que este tipo de sociedad es el propio de Gyptec, es claro que la Superintendencia de Sociedades ha expresado de manera reiterada que el derecho de inspección no es absoluto pues su ejercicio debe realizarse sobre los documentos que señala la ley, relacionados estos con el período anual destinado a ser considerado en la asamblea (límite material), dentro de los 15 días anteriores a su celebración (límite temporal), en la sede del domicilio social de la empresa que dé cuenta el registro

mercantil (límite geográfico) y con sujeción a **razonables** reglas que no perturben las actividades laborales y productivas de la empresa y garanticen la reserva y la protección de los documentos exhibidos y los negocios de la misma (límite procedimental). Es de anotar sin embargo, que las normas legales (artículos 379, 422 y 447 del Código de Comercio) que regulan el derecho de inspección de los accionistas de una sociedad anónima establecen como derecho del accionista el de inspeccionar libremente los libros y papeles sociales en los 15 días anteriores a las asambleas que examinen en balances de fin de ejercicio y las limitaciones a este derecho sólo están consagradas en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995 y se limitan a *“documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad”*. De tal suerte que no hay disposición legal que establezca que los documentos o comprobantes correspondientes a ejercicios anteriores al del balance que estudie la asamblea estén exceptuados del derecho de inspección y tampoco que basta poner a disposición de los accionistas para que ejerzan el derecho de inspección aquellos documentos que de conformidad con el artículo 446 del Código de Comercio han de ser presentados a la asamblea por la junta directiva y el representante legal para la aprobación o improbación de la asamblea.

Por ser parte del conflicto sometido a su decisión, el Tribunal se referirá a continuación a los límites material y procedimental establecidos por Gyptec en el *“protocolo”* que adoptó para el ejercicio del derecho de inspección, previo a la asamblea general que se reunió por derecho propio el 1 de abril de 2015, pues a raíz de su aplicación surgieron las diferencias que dieron origen al proceso arbitral que nos ocupa. En efecto, la implementación de dicho *“protocolo”* fue de inmediato rechazada por la mandataria de Carlos Hakim, quien, mediante comunicación radicada en las oficinas de Gyptec el 26 de marzo de 2015, expresó que

“(…) Durante la visita en la que se ha intentado ejercer el derecho a la inspección de mi representado, se me ha impedido: (i) tomar nota acerca de los documentos revisados (ii) utilizar mi teléfono y hacer llamadas y, (iii) se me ha negado la posibilidad de revisar información objeto del Derecho de Inspección”(…)

“Con fundamento en lo anterior, solicito que se me permita revisar, inmediatamente la siguiente información:

“(…) 4. Detalle de los gastos no operacionales contenidos en los estados financieros de las compañías.

“5. Detalle mensual de los gastos administrativos, particularmente los gastos de personal de las compañías.

6. Detalle de la nómina de las compañías.

7. Extractos Bancarios del año de las compañías.

8. Video de la Asamblea de Accionistas celebrada el 1 de abril de 2014, tal y como lo autorizó la Asamblea de Accionistas(…)”.

Frente a esta posición, la administración de Gyptec manifestó en su momento, y así lo ha reiterado a lo largo del proceso arbitral, que el contenido y aplicación del citado “protocolo” se ajusta íntegramente a lo señalado por la Superintendencia de Sociedades y, por tanto, la protesta sentada por la parte convocante no tiene justificación, pues el derecho de inspección no fue vulnerado y su libre ejercicio tuvo cabal cumplimiento por parte de Carlos Hakim. Veamos a este respecto el contenido de la respuesta de 27 de marzo de 2015, suscrita por la Secretaria General de Gyptec, doctora María Clemencia Rodríguez, a la comunicación transcrita parcialmente en el párrafo anterior, pues en opinión del Tribunal lo que en ella se expresa no se compadece integralmente con su declaración testimonial, en punto tocante con la aseveración de que todos los documentos solicitados por los apoderados de Carlos Hakim fueron exhibidos, según se precisará más adelante:

“(…) 1. Gyptec ha dado pleno cumplimiento, entre los límites señalados por la ley al derecho de inspección de todos sus accionistas.

“2. (...) Ha tenido a su plena disposición y le han sido entregados los documentos necesarios para ejercer el derecho de inspección correspondiente al año 2014(...).

“3. Al respecto, le reiteramos que el derecho de inspección no es absoluto y tiene precisos límites (...). En consecuencia, los documentos puestos a su disposición por parte de Gyptec, que corresponden al año 2014, se ajustan plenamente al alcance del derecho de petición de Carlos Hakim(...).

“4. en cuanto a su objeto, el derecho de inspección tiene el alcance sobre los documentos previstos en el código de comercio para la adopción de las decisiones previstas en la Asamblea General, sin que sea dable extenderlo, como es su solicitud, a toda la información de la compañía, en especial aquella relacionada con las actividades, operaciones y negocios de Gyptec (...).

“A la fecha usted ha solicitado y se le ha exhibido:

“- Estados financieros dictaminados 2014 con sus respectivas notas.

“- Dictámenes de los Revisores Fiscales (...)

“- Informes de gestión Gerencia y Junta Directiva (...) 2014.

“- Actas Junta Directiva 2004 a 2014 (...)

“- Actas Asambleas 2004 a 2014 (...)

“- Se pusieron de presente los demás libros oficiales dentro de los cuales se encuentran los de accionistas de las dos sociedades”.

Sea lo primero expresar que el Tribunal encuentra en el tantas veces citado “*protocolo*” dos límites que, de encontrarse aplicados, constituirían a su juicio una vulneración del derecho de inspección. Ellos son, **el excluir de su examen aquellos documentos que contengan “información relacionada con la actividad, operación y negocios de la sociedad” (límite material) y el no poder “tomar anotaciones de los documentos puestos a su disposición” (límite procedimental).**

En cuanto al primero, el Tribunal no encuentra justificación alguna para que se prohibiera durante la inspección, el examen de documentos relativos a “*la actividad, operación y negocios de*” Gyptec, con la salvedad de aquellos que la propia ley excluye, o sea “*los que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad*”.

Tampoco encuentra de recibo este panel arbitral el que no se permitiese tomar anotaciones sobre el contenido de los documentos exhibidos, pues la prohibición de utilizar la sencilla herramienta del papel y el lápiz para dar paso exclusivo a la memorización de los datos, fechas y conceptos de los distintos rubros de las cuentas rendidas, de los balances, sus soportes contables y demás documentos atenta contra la lógica y la razón. De haber sido puestas en práctica las señaladas limitaciones o una cualquiera de ellas, el Tribunal forzosamente tendrá que admitir la vulneración del ejercicio cabal del derecho de inspección de Carlos Hakim. Por ello, se entrará a continuación a considerar, valorar y analizar las pruebas existentes en el expediente del proceso arbitral para determinar si se violó o no el mencionado derecho de inspección.

En relación con la alegación de Carlos Hakim en el sentido de que no se le permitió tomar nota de los documentos que le fueron exhibidos durante la inspección, el Tribunal, con el objeto de esclarecer lo acontecido sobre el particular, acude a los testimonios rendidos por la Secretaria General de Gyptec y por el señor Benítez, quien atendió permanentemente en su nombre las visitas de inspección para el examen de documentos que durante varios días y en jornada laboral completa realizaron los apoderados de Carlos Hakim, así como a las solicitudes de documentos formuladas el 26, 30 y 31 de marzo de 2015 y la contestación a la primera de ellas por parte de Gyptec.

De tales declaraciones resulta claro para el Tribunal que Gyptec, a pesar de lo expresado en el “*protocolo*”, se abstuvo de impedir, luego de formulada inicialmente la respectiva queja, que los apoderados de Carlos Hakim tomaran anotaciones sobre el contenido de los documentos que les fueron exhibidos, hasta el punto de que la propia compañía inspeccionada les suministró hojas de papel que, a la postre, utilizaron para dejar constancias y formular solicitudes de documentos adicionales a los presentados por la convocada que deseaban examinar durante el ejercicio del derecho inspección. Si se tienen de presente tales solicitudes, concretamente se refiere el Tribunal a las escritas de puño y letra por parte de la doctora Paola Guerrero de fecha 26 y 30 de marzo de 2015 y del señor Francisco Obonaga radicada el día siguiente, es claro que en ellas se precisan pagos determinados por sus cuantías y conceptos, circunstancia esta que, en opinión de este panel arbitral, prueba que los apoderados de Carlos Hakim pudieron tomar notas de los documentos que analizaron durante las visitas de inspección en Gyptec. Lo anterior fue enfáticamente declarado por

el señor Benítez, quien dijo al Tribunal que él atendió permanentemente a nombre de esta compañía las citadas visitas y que no impidió a los apoderados de Carlos Hakim que tomaran anotaciones y que personalmente les suministró papel para hacer las solicitudes de documentos. En similar sentido y de manera coincidente se expresó bajo juramento la Secretaria General del Gyptec.

Por lo expuesto en los dos párrafos anteriores, el Tribunal encuentra probado que la limitación procedimental que estableció el protocolo para que quien ejerciera el derecho de inspección se abstuviera de tomar notas de los documentos puestos a su consideración no tuvo aplicación absoluta después de formulada la queja que en tal sentido hizo la doctora Paola Guerrero, de suerte que el Tribunal no le encuentra razón a la parte convocante en lo que hace referencia a la vulneración del derecho de inspección por este primer concepto alegado en la demanda arbitral .

En cuanto hace referencia a los restantes limites procedimentales (“ACTIVIDADES RESTRINGIDAS”) que contiene el “protocolo” establecido para el ejercicio del derecho de inspección por parte de los socios de Gyptec, el Tribunal estima que ellos se ajustan a lo dictaminado por la Superintendencia de Sociedades, entidad encargada por la ley de velar porque a tal derecho se le dé cabal cumplimiento. A este efecto el Tribunal se permite citar el siguiente concepto emitido sobre el particular por dicha Superintendencia:

“... Sin perder de vista que el derecho de inspección no ostenta carácter absoluto y es por tanto susceptible de ser reglamentado, este despacho frente al interrogante planteado ratifica su concepto, en el sentido de que el mismo no conlleva per se la facultad para sus titulares de sacar, ni solicitar copias, como tampoco la de tomar registros fotográficos o capturar a través de ningún medio tecnológico (dispositivos móviles tales como tabletas o teléfonos inteligentes, entre otros) imágenes digitales de los libros y papeles sobre los cuales recae, lo que a su turno implica que la administración no tiene obligación legal de permitirlo, a no ser que medie determinación del máximo órgano social en tal sentido, en cuyo caso es conveniente, en opinión de este despacho, fijar las reglas que determinen las condiciones de acceso, como del manejo de la información obtenida a través de medios que posibilitan la reproducción indiscriminada de las imágenes”.⁹²

Conclusión de lo brevemente expuesto sobre las “actividades restringidas” que fueron incluidas en el “protocolo” consiste en que su aplicación no vulneró el ejercicio del derecho inspección en cuanto se refiere a las distinguidas con los numerales 1, 2 y 4 porque se ajustan a los parámetros de la Superintendencia de Sociedades, independientemente de que el Tribunal los comparta o los encuentre un tanto excesivos, pues no puede perderse de vista que es a ese órgano de control a quien le ha sido asignado por ley la supervisión del cumplimiento del derecho de inspección de sus vigiladas. Tampoco en cuanto a la dispuesta en el numeral 3 porque no fue aplicada por los funcionarios de Gyptec que atendieron a las visitas de inspección realizadas por los apoderados de Carlos Hakim, después de que estos elevaran fundada protesta sobre la pretendida prohibición de

⁹² Superintendencia de Sociedades, oficio 220-032233 del 3 de abril de 2013.

tomar nota de los documentos exhibidos. Por ello, el Tribunal no encuentra de recibo lo alegado por Carlos Hakim sobre este específico tema.

Corresponde en este momento al Tribunal establecer si la limitación material relacionada con el numeral 1º del aparte titulado “*INFORMACION EXCLUIDA*” del “*PROTOCOLO*” impidió que los apoderados de Carlos Hakim accedieran a documentos que podían examinar durante el ejercicio del derecho de inspección, pues ellos se referían a la actividad, operación y negocios de la sociedad del año 2014, así como otros que hubiesen sido solicitados y servían de sustento o soporte de determinadas partidas y operaciones y negocios que formaban parte del informe de gestión y el balance de dicho período, los cuales iban a ser considerados y sometidos a la aprobación de la asamblea celebrada el 1 de abril de 2015.

En esta materia las declaraciones de la doctora María Clemencia Rodríguez y del señor Leonardo Benítez no son coincidentes porque la primera aseveró en su testimonio que todos los documentos que fueron solicitados por los apoderados de Carlos Hakim fueron exhibidos, en tanto que el segundo, por el contrario, manifestó que al “*protocolo*” se le dio cumplimiento y, consecuentemente, durante las visitas de inspección se mostraron los documentos a que el mismo se refiere, cuestión esta que, dicho sea de paso, confirmó la misma doctora Rodríguez, Secretaria General de Gyptec, en la respuesta que dio el 27 de marzo de 2015 a la doctora Paola Guerrero, apoderada de Carlos Hakim, a la comunicación que ésta radicó el día anterior en la empresa inspeccionada. Además, téngase también en cuenta que idéntica y expresa precisión hizo Jorge Hakim, gerente de Gyptec, en la Asamblea.

También dijo el mencionado testigo Benítez que no se había exhibido para examen de los apoderados de Carlos Hakim la documentación pedida por uno de ellos, el señor Obonaga (solicitud esta que coincide con la de la doctora Guerrero formulada la víspera, agrega el Tribunal), aduciendo como justificación que era de naturaleza general y tan apreciable la cantidad de documentos demandados por este que no era posible ubicarlos todos en el corto tiempo que se disponía para ello⁹³, aseveración que el Tribunal considera errada pues basta con leer las comunicaciones petitorias de los apoderados de Carlos Hakim, radicadas en Gyptec los días 30 y 31 de marzo de 2015, para concluir que, por lo menos, algunas de las no atendidas solicitudes de documentos estaban referidas a conceptos y cuantías específicas de pagos, cuentas por cobrar, etc., realizados en el año 2014, información esta que precisamente estaba contenida en el informe del gerente y en los estados financieros de Gyptec del año 2014.

Veamos qué dicen las tales comunicaciones:

⁹³ “DR. BARRAGÁN: ¿Los documentos que solicitaron en ejercicio del derecho de inspección por escrito, les fueron entregados en su totalidad a las personas que estaban ejerciendo el derecho de inspección?

SR. BENÍTEZ: Los que correspondían al derecho de inspección se pusieron a disposición desde el primer momento, hay unas solicitudes que hicieron posteriormente que las hizo el señor Obonaga, que las hizo en su calidad de perito experto, entonces esas ya eran unas solicitudes a nivel general de la contabilidad que se iban a un volumen demasiado fuerte que así hubiéramos tenido todo el tiempo porque eran cinco días lo que teníamos, yo creo que habría sido imposible porque estábamos hablando de más de 300 libros que habría que revisar en su caso para el peritaje que estaba haciendo el señor Obonaga. (...)”

Comunicación radicada por la doctora Paola Guerrero de fecha 26 de marzo de 2015, solicita a los administradores de Gyptec, lo siguiente:

“Con fundamento en lo anterior, solicito que se me permita revisar, inmediatamente la siguiente información:

- 1. Todos los libros de actas de la Junta Directiva desde la creación de las compañías.*
- 2. Todos los libros de actas de la Asamblea desde la creación de las compañías.*
- 3. Los anexos que se mencionan en las actas*
- 4. Detalle de los gastos no operacionales contenidos en los estados financieros de las compañías.*
- 5. Detalle mensual de los gastos administrativos, particularmente los gastos de personal de las compañías.*
- 6. Detalle de la nómina de las compañías.*
- 7. Extractos Bancarios del año de las compañías.*
- 8. Video de la Asamblea de Accionistas celebrada el 1 de abril de 2014, tal y como lo autorizó la Asamblea de Accionistas.”*

2. Comunicación radicada por la doctora Paola Guerrero de fecha 30 de marzo de 2015, solicita a los administradores de Gyptec, lo siguiente⁹⁴:

⁹⁴ Folio 66 reverso y 68 del Cuaderno de Pruebas número 5.

Bogotá D.C., 30 de marzo de 2015

Señores
Administradores de Gyptec S.A. / HANREC S.A.
Ciudad

Paola Guerrero Yemait, mayor de edad, veína y domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 1.032.420.462 de Bogotá D.C. y portadora de la tarjeta profesional número 274.984 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado de Carlos Hakim Daccach, solicito la información que identifique a continuación para que sea revisada por los Señores Francisco Obanaga, mayor de edad, veño y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.695.673 de Bogotá D.C. y Miguel Mosquera, mayor de edad, veño y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía número 20.199.555 de Bogotá D.C., ambos en su calidad de peritos expertos, con la finalidad de completar su dictamen pericial, con fecha 25 de marzo de 2013:

1. Detalle, concepto y soporte físico contable del pago a accionistas por el valor de COP\$ 126 millones a Jorge Hakim Tawil.
2. Detalle, concepto y soporte físico contable del pago a los administradores y/o directivos por valor de COP\$ 563 millones a Jorge Hakim Tawil y COP\$ 259 millones

pág 1 de 3

a César Solís.

000067

3. Detalle, concepto y soporte físico contable del pago a Alejandro Hakim Dow, miembro de la Junta Directiva, por el valor de COP\$70 millones.
4. Detalle, concepto y soporte físico contable de los pagos a correlacionados por valor de COP\$ 671 millones.
5. Detalle, concepto y soporte físico ^{contable} de los pagos por honorarios por valor de COP\$ 1.169 millones.
6. Detalle, concepto y soporte físico ^{contable} de los pagos por propaganda por el valor de COP\$ 520 millones.
7. Detalle de las obligaciones en moneda extranjera por valor de COP\$ 11.692 millones. Incluir concepto y soporte físico contable.
8. Detalle, concepto y soporte físico ^{contable} de las inversiones nacionales por valor de COP\$ 1.487 millones.
9. Detalle, concepto y soporte físico contable de la cuenta "Otros" dentro de la cuenta costos y gastos por pagar.
10. Detalle, concepto y soporte físico contable de las deudas con accionistas, dentro de la cuenta deudores varios, con Jorge Hakim Tawil por COP\$ 1.869 millones y con Alejandro Hakim Tawil por COP\$ 501 millones.
11. Detalle, concepto y soporte físico contable de las todas las deudas con "Otros" dentro de la cuenta deudores varios, en especial pero sin limitarse al registro de Alejandro Hakim Dow por COP\$ 1.701 millones y Leticia Rosío Barea por COP\$ 441 millones.

Pág. 2 de 3

Los puntos anteriores se refieren a la sociedad Gyptec S.A.

Adicionalmente, les solicitamos el detalle y explicación de:

(i) Relación comercial de Gyptec S.A. con el Fondo Privado Everly.

(ii) Detalle y explicación de la relación comercial con la sociedad Commerce Link International S.A.S. a quien se le hizo un pago de honorarios por COP\$ 364 millones.

(iii) Detalle y explicación de la relación de Gyptec S.A. con la sociedad Ecu Puerto S.A.S., a quien se le adeudan COP\$ 989 millones.

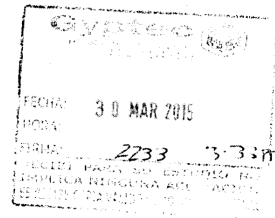
Por otra parte, respecto de Hanel S.A., solicitamos el contrato de deuda con USB International LTD., que en estados financieros aparece un saldo por COP\$ 2.773 millones.

Atentamente,

Paola Guerrero Yemai

C.C. 1032.420.462 de Bogotá D.C.

T.P. 24.984 del C.S. de lo J.



④ cifra aproximada en millones de pesos

Pág. 3 de 3

3. Solicitud escrita del señor Francisco Obonaga dirigida a Gyptec y radicada en esta compañía el 31 de marzo de 2015⁹⁵, en la que solicita documentos y confirma los que el día anterior había solicitado la doctora Guerrero:

000068

Bogotá 31 de marzo, 2015

Señores Gyptec S.A.

Estimados Señores,

De acuerdo con el poder conferido por Carlos Hakim, atentamente los solicito la siguiente información:

1. Detalle, concepto y soporte físico contable del pago a accionistas por valor de COP\$ 126 millones a Jorge Hakim Tawil.
2. Detalle, concepto y soporte físico contable del pago a los Administradores y/o directivos por valor de COP\$ 563 millones a Jorge Hakim Tawil y COP\$ 259 millones a Cesar Solís.
3. Detalle, concepto y soporte físico contable del pago a Alejandro Hakim Don miembro de Junta Directiva, por COP\$ 70 millones.
4. Detalle, concepto y soporte físico contable de los pagos a correccionados por valor de COP\$ 671 millones.
5. Detalle, concepto y soporte físico contable de los pagos por honorarios por valor de COP\$ 1.169 millones.
6. Detalle, concepto y soporte físico contable de los pagos por propaganda por valor de COP\$ 520 millones.
7. Detalle de las obligaciones en ME por valor de COP\$ 11.692 millones. Incluir concepto y soporte físico contable.
8. Detalle, concepto y soporte físico contable de las inversiones nacionales por valor de COP\$ 1487 millones.
9. Detalle y concepto de la venta otros dentro de la venta otros y gastos por pagar.
10. Detalle, concepto y soporte físico contable de los devotos con Accionistas dentro de la venta deudores varios con Jorge Hakim Tawil por COP\$ 1869 millones y con Alejandro Hakim Tawil por COP\$ ~~561~~ 561 millones.

⁹⁵ Folio 68 del Cuaderno de Pruebas número 5.


TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

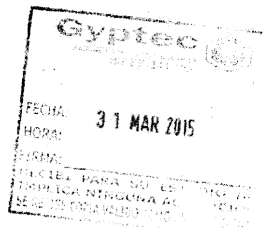
GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

11. Detalle concepto y soporte físico contable de todas las ~~87 deudas~~ con otras deudas de la misma deudores varios, en especial pero sin limitarse al registro de Alejandro Hakim Dow por COP\$ 1.701 millones y Leticia Dow Grecco por COP\$ 441 millones.
12. Detalle de la relación comercial de Gypfec con el Fondo de Capital Privado Everly.
13. Detalle y explicación de las relaciones comerciales con la sociedad Commerce Link International SAS, a quien se hizo un pago por honorarios por COP\$ 364 millones.
14. Detalle y explicación de las relaciones comerciales con la sociedad Ecopocit SAS a quien se le adeuda COP\$ 989 millones.
15. Contrato de deuda con USB International LTD. que en Estados financieros de Harete aparece un saldo de COP\$ 2773 millones.

Lo anterior para completar mi informe personal como perito experto. No está dentro del alcance de esta revisión la auditoría a la información aportada por lo cual no emitiremos ningún concepto de la información recibida, la cual presumimos real, veraz y oportuna.

Atentamente,

Francisco Obonaga 
C. 79.645.673



TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

Estas dos últimas comunicaciones no fueron respondidas (al menos, no existe prueba alguna en el expediente que acredite lo contrario) ni atendidas, tal como lo declaró el testigo Benítez, circunstancia que lleva al Tribunal a considerar incumplido el derecho de inspección de Carlos Hakim que precedió la asamblea de Gyptec celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015. Obsérvese a este respecto que tales peticiones de exhibición de documentos hacen referencia a operaciones y soportes de operaciones y pagos específicos efectuados durante el año 2014, entre otros, a Jorge Hakim, gerente y socio de Gyptec, y Alejandro Hakim, socio y miembro de la junta directiva de esa misma compañía, compañías representadas por el primero, etc. Pero es que, además, tampoco fueron exhibidos los documentos a que se refieren los numerales 4 a 8 de la solicitud del 26 de marzo de 2015 suscrita erradicada por la doctora Guerrero, como claramente se desprende de la respuesta dada por María Clemencia Rodríguez el día siguiente, algunos de ellos nuevamente pedidos en las comunicaciones subsiguientes, v.gr., “*el detalle de gastos operacionales, contenida en los estados financieros de la compañía*”, así como los administrativos, de personal y de nómina.

Debe agregarse a lo anterior que tanto la doctora Guerrero como el señor Obonaga actuaron como mandatarios especiales de Carlos Hakim para el ejercicio del derecho de inspección objeto de análisis (en el expediente obran los poderes respectivos). Además, no puede perderse de vista que si bien es cierto que las solicitudes de documentos adicionales a los exhibidos por Gyptec al 30 de marzo de 2015 se realizaron “*para completar (el) dictamen pericial con fecha 25 de marzo de 2013*”, no lo es menos que la documentación e información que a ese respecto pretendía examinarse por Carlos Hakim corresponde, precisamente, a rubros y partidas de gastos de las cuentas y el balance del año 2014, así como que, repite el Tribunal, se solicitaron con ocasión del ejercicio del derecho de inspección, previo a la asamblea que tuvo lugar el 1 de abril de 2015.

En efecto, el Tribunal destaca a continuación, por su importancia las solicitudes hechas por los abogados de Carlos Hakim en ejercicio del derecho de inspección el 26, 30 y 31 de marzo de 2015:

Solicitud Paola Guerrero 26 de marzo de 2015	Solicitud Paola Guerrero de 30 de marzo de 2015	Solicitud de Francisco Obonaga 31 de marzo de 2015
1. Todos los libros de actas de la Junta Directiva desde la creación de las compañías.	Detalle, concepto y soporte físico contable de \$126 millones pagados a JHT	Detalle, concepto y soporte físico contable de \$126 millones pagados a JHT
2. Todos los libros de actas de la Asamblea desde la creación de las compañías.	Detalle, concepto y soporte físico contable de \$ 563 millones pagados a JHT y \$259 a César Solís	Detalle, concepto y soporte físico contable de \$ 563 millones pagados a JHT y \$259 a César Solís
4. Detalle de los gastos no operacionales contenidos en los estados financieros de las compañías.	Detalle, concepto y soporte físico contable de \$70 millones pagados a AHD miembro de la JD	Detalle, concepto y soporte físico contable de \$70 millones pagados a AHD miembro de la JD
5. Detalle mensual de los gastos administrativos, particularmente los gastos de personal de las compañías.	Detalle, concepto y soporte f c de \$671 millones pagados a correalacionados	Detalle, concepto y soporte f c de \$671 millones pagados a correalacionados
6. Detalle de la nómina de las compañías.	Detalle, concepto y soporte f c de \$1.169 millones pagados por honorarios	Detalle, concepto y soporte f c de \$1.169 millones pagados por honorarios
7. Extractos Bancarios del año de las compañías.	Detalle, concepto y soporte f c de \$520 millones pagados por propaganda	Detalle, concepto y soporte f c de \$520 millones pagados por propaganda
8. Video de la Asamblea de Accionistas celebrada el 1 de abril de 2014, tal y como lo autorizó la Asamblea de Accionistas.	Detalle, concepto y soporte f c de \$11,692 millones pagados por obligaciones en moneda extranjera	Detalle, concepto y soporte f c de \$11,692 millones pagados por obligaciones en moneda extranjera

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

	Detalle, concepto y soporte f c de \$1,487 millones de inversiones nacionales	Detalle, concepto y soporte f c de \$1,487 millones de inversiones nacionales
	Detalle, concepto y soporte f c de la cuenta otros dentro de costos y gastos x pagar	Detalle, concepto y soporte f c de la cuenta otros dentro de costos y gastos x pagar
	Detalle, concepto y soporte f c de la cuenta deudores varios; JHT por \$1,869 millones y AHD \$501 millones	Detalle, concepto y soporte f c de la cuenta deudores varios; JHT por \$1,869 millones y AHD \$501 millones
	Detalle, concepto y soporte f c de \$1,487 millones de inversiones nacionales	
	Detalle, concepto y soporte f c de todas las deudas con otros dentro de la cuenta deudores varios, incluyendo \$1,701 millones de AHD y \$441 millones de Leticia Rocío Gnecco	Detalle, concepto y soporte f c de todas las deudas con otros dentro de la cuenta deudores varios, incluyendo \$1,701 millones de AHD y \$441 millones de Leticia Rocío Gnecco
	i) Relación con el Fondo Privado Everly	i) Relación con el Fondo Privado Everly
	ii) Detalle de la relación Commerce Link International SAS, pago honorarios de \$364 millones	ii) Detalle de la relación Commerce Link International SAS, pago honorarios de \$364 millones
	iii) Detalle relación con Ecopuerto SAS se le adeuda \$989 millones	iii) Detalle relación con Ecopuerto SAS se le adeuda \$989 millones

De lo expuesto precedentemente, el Tribunal concluye que se vulneró el derecho de inspección de Carlos Hakim, previo a la asamblea de Gyptec celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015. Si bien este panel arbitral considera que tal vulneración da lugar a las sanciones por el incumplimiento del derecho de inspección por parte del administrador que fueron expresa y taxativamente señaladas por la ley (remoción del administrador o administradores que lo perturben, o del revisor fiscal que no la denuncié cuando la ha conocido, y la imposición de multas como medio de coerción del órgano de control del Estado para conminar a que el citado derecho se cumpla cabalmente), también lo es que la violación del derecho de inspección da lugar a que se impugnen decisiones sociales de la Asamblea.

A este último respecto conviene tener en cuenta lo que recientemente ha dispuesto la Superintendencia de Sociedades en punto tocante con la violación del derecho de inspección:

“Independientemente de las sanciones que procedan, conviene aclarar que la inobservancia de las disposiciones legales que regulan el derecho de inspección no acarrea la ineficacia de las decisiones sociales, sino que da lugar al derecho de impugnación de aquellas, con sujeción a los artículos 190 y 191 del Código de Comercio.”⁹⁶ (El resaltado no es del texto original)

El Tribunal considera que se violó el derecho de inspección de Carlos Hakim que trató de ejercer a través de sus apoderados los días 26, 30 y 31 de marzo de 2015, no solamente por no haber exhibido los documentos por ellos solicitados, sino también por la adopción por parte del representante legal de Gyptec de un Protocolo de Ejercicio del Derecho de Inspección preparado por sus abogados para ser puesto en conocimiento de los accionistas de Gyptec, entiéndase de Carlos

⁹⁶ Circular Externa Número 100-000001 de 2017. Capítulo III. Reuniones del Máximo Órgano Social y de La Junta Directiva

Hakim, que contiene limitaciones y restricciones al derecho de inspección que no están autorizados por la ley, ni por los estatutos social y tampoco recibo aprobación alguna de parte de la Junta Directiva o de la Asamblea de Accionistas de Gyptec. De tal manera el derecho de inspección de Carlos Hakim de inspeccionar libremente los libros y papeles sociales anteriores a la reunión de la Asamblea General de Accionistas de 1 de abril de 2015 en que se examinó el balance de fin de ejercicio del año 2014 fue vulnerado por la violación de los artículos 379, 422 y 447 del Código de Comercio y del numeral 6. Del artículo 23 y el artículo 48 de la Ley 222 de 1995.

Lo anterior no obsta para que el Tribunal vuelva a tener posteriormente de presente la violación del derecho de inspección de Carlos Hakim como un hecho que ha de concatenarse o relacionarse con otros, lo que se expresará más adelante cuando se aborde lo relativo al abuso del derecho al voto por parte de los socios para la aprobación, en la mencionada Asamblea General de Accionistas, del informe del gerente y de los estados financieros, los conflictos de intereses de partidas del balance y las consecuencias jurídicas que tales conductas acarrearán en el presente caso.

5.3. El conflicto de intereses

La Ley 222 de 1995 ha dispuesto que los administradores de las sociedades han de tener un determinado comportamiento en aras de la buena marcha de la sociedad y del beneficio de todos los socios. Este comportamiento exigido legalmente a los administradores, les impone seguir unas directrices y unas pautas de conducta para limitar así, de alguna manera el poder, la discrecionalidad dirían otros, de que gozan para manejar los asuntos sociales, esto es el representar a la sociedad y administrar sus bienes y negocios. No solamente busca la Ley señalar unos patrones generales de conducta a los administradores, como lo son el actuar de buena fe (deber de buena fe), el obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios (deber de diligencia) y el deber de lealtad enderezado a que los administradores actúen de manera que siempre propendan por obtener los mejores intereses de la sociedad (primer inciso del artículo 23 de la Ley 222 de 1995), sino el artículo mencionado les impone unos deberes y prohibiciones. Es por ello que la ley establece que los administradores están obligados a actuar, bien ejerciendo ciertas acciones descritas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del citado artículo (realizar; velar, guardar y proteger; dar y respetar), bien mediante la omisión de llevar a cabo acciones conflictivas, que son las previstas en su numeral 5 (abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada) y en los subsiguientes numeral 6 y 7, que son las que nos interesan, que les imponen a los administradores el deber de tratar a todos los accionistas de manera equitativa y respetarles el derecho de inspección y la prohibición de realizar actividades, ejecutadas bien directamente, bien por interpuesta persona en interés personal o de terceros, dirigidas a competir con la sociedad o a participar en actos en que exista conflicto de intereses.

El conflicto de intereses presente en actos llevados a cabo por administradores de sociedades, se extiende a otros campos del derecho que, si bien no nos interesan para esta litis, sirven para entenderlos, habida cuenta que no hay una definición legal de los mismos en materia comercial. Me refiero al conflicto de intereses de abogados, prohibido por la letra e del artículo 34 de la Ley 1123

de 2007, Código Disciplinario del Abogado, de asesorar o representar simultanea o sucesivamente a quienes tienen intereses contrapuestos (falta de lealtad con el cliente) y también a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con las entidades estatales (Ley 80 de 1993).

Las normas que prohíben a los administradores participar bien directamente, bien por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, buscan que los administradores en el ejercicio de su cargo no antepongan los intereses personales o de terceros a los intereses de la sociedad que administran. No deja esta norma de tener un origen de orden moral, y es que en la propia Biblia ya se describía un conflicto de intereses, en el siguiente pasaje, por cierto muy conocido: *“Nadie puede servir a dos señores, porque aborrecerá a uno y amará al otro; o bien se dedicará uno y despreciará al otro. No podéis servir a Dios y al dinero.”* (Mateo 6 - 24).

Por falta de una definición legal del conflicto de intereses corresponde al juez definir su existencia y contenido; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades arrojan importantes herramientas para determinar la ocurrencia de actos realizados por los administradores en conflicto de intereses. Sea lo primero señalar que el actuar de los administradores en ejercicio de su tarea de representar a la sociedad y de administrar sus bienes y negocios, si bien tienen a su favor la regla de discrecionalidad que les da un muy amplio margen de maniobra en el manejo de los asuntos societarios, no pueden anteponer sus intereses a los de la sociedad ni a los de sus accionistas. Hay actos, como cuando un administrador recibe préstamos de la sociedad que administra, en los que el conflicto de intereses se revela de manera ostensible. Los intereses del prestamista y los del deudor del préstamo son diferentes, en cuánto a plazo, tasas de interés, garantías, etc. En países como en los EEUU se han señalado reglas para determinar la existencia de conflictos de intereses lo que ha morigerado mucho las facultades de los jueces para declarar en qué actos está presente tal conflicto. Existen los siguientes supuestos legales en dicho país: Primero. El administrador contrata directamente con la sociedad que administra; Segundo. El administrador cuenta con un interés específico en la operación; y Tercero. Personas vinculadas con el administrador contratan directamente con la sociedad por éste administrada o tienen un interés económico significativo en la operación. La Superintendencia de Sociedades ha dado algunas pautas, así: (i) con criterios como aquel que no es posible satisfacer simultáneamente dos intereses, el radicado en cabeza del administrador y el existente en la sociedad y (ii) cuándo a más de los requisitos principales, el interés por interpuesta persona se da con personas en que prima una relación de afectividad o parentesco: cónyuge, compañera, ascendientes, descendientes, hermanos, socio, etc.

Consagración normativa del conflicto de intereses. La figura del conflicto de intereses se encuentra consagrada en dos normas: como deber de los administradores, en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y como prohibición, en el artículo 6 de la Ley 155 de 1959.

La Ley 222 de 1995 dispone: **“ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.** Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de

negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

“7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

“En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.”

Por su parte el artículo 6 de la Ley 155 de 1959 prescribe:

“Los Presidentes, Gerentes, Directores, representantes legales, Administradores o miembros de Juntas Directivas de empresas industriales constituidas en forma de sociedades anónimas no podrán distribuir por si ni por interpuesta persona los productos, mercancías, artículos o servicios producidos por la respectiva empresa o sus filiales, ni ser socios de empresas comerciales, que distribuyan o vendan principalmente tales productos, mercancías, artículos o servicios.

“Esta incompatibilidad se extiende a los funcionarios de sociedades de responsabilidad limitada que tengan como socios otras sociedades, en forma tal que el número total de personas naturales exceda de veinte (20).

“PARAGRAFO 1o. La prohibición contenida en este artículo se extiende a los padres, cónyuges, hermanos e hijos de aquellos funcionarios.

“PARAGRAFO 2o. Las empresas tendrán un plazo de diez y ocho (18) meses para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.”

Los administradores de GYPTEC S.A. son los siguientes:

Jorge Alberto Hakim Tawil (Gerente), Alejandro Hakim Dow (Primer suplente del gerente) y Daniel Alfredo Materon Osorio (Segundo suplente del Gerente, quien renunció en diciembre de 2013)

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

Junta Directiva Principal: Jorge Alberto Hakim Tawil (Primer renglón), Oscar Romero Vargas, (Segundo renglón), Luis Miguel García Peláez (Tercer renglón), Jaime Cano Fernández (Cuarto renglón) y José Mauricio del Socorro Rodríguez Morales (Quinto renglón) y

Junta Directiva Suplente: Angélica Patricia de la Torre Gómez (Primer renglón), Alejandro Hakim Dow (Segundo renglón), Tercer renglón (sin aceptación) Eduardo Barberena Lozano (Cuarto renglón) y Darío Sandoval Forero (Quinto renglón).

Los actos que contienen conflictos de intereses de conformidad con los hechos de la demanda, su correspondencia con el Informe de la Junta Directiva y las Notas a los estados financieros de 2014 de GYPTEC S.A.,

	Parte	Importe	Actividad	Conflicto
1	COSENIT S.A. Hecho 180.	\$40'950.000	Pagos a correlacionados (Pagos, inversiones y transacciones con sociedades relacionadas con los administradores de GYPTEC S.A.)	El Gerente José Mauricio Rodríguez Morales es miembro de la Junta Directiva de GYPTEC S.A.
2	FELL LOGISTIC S.A.S. Hecho 183.	\$808.000	Pagos a correlacionados (Pagos, inversiones y transacciones con sociedades relacionadas con los administradores de GYPTEC S.A.)	Jorge Hakim Tawil Gerente de GYPTEC S.A. es accionista de FELL LOGISTIC S.A.S.
3	EQUIPMENT ZONA FRANCA S.A.S. Hecho 185.	\$461.000	Pagos a correlacionados (Pagos, inversiones y transacciones con sociedades relacionadas con los administradores de GYPTEC S.A.)	Jorge Hakim Tawil Gerente de GYPTEC S.A. es accionista de EQUIPMENT ZONA FRANCA S.A.S.
4	SAMARA TRANS ENERGY S.A.S. Hecho 188.	\$448.186.931	Pagos a correlacionados (Pagos, inversiones y transacciones con sociedades relacionadas con los administradores de GYPTEC S.A.)	El Gerente Darío Sandoval es miembro de la Junta Directiva de GYPTEC S.A.
5	NEGOZIA S.A. Hecho 192.	No hay importe	Honorarios por reestructuración de obligaciones financieras a corto plazo de GYPTEC S.A., cargo diferido (Nota 1. a los Estados Financieros 2014).	El Gerente Eduardo Barberena Lozano, y el Suplente Jaime Cano Fernández son miembros de la Junta Directiva de GYPTEC S.A.
6	GYPTEC COMERCIALIZA DORA S.A.S. Hecho 194.	\$695.135.298	Inversión permanente en GYPTEC S.A. (Nota 14. a los Estados Financieros 2014).	El Gerente Jorge Hakim Tawil también es Gerente de GYPTEC S.A. y Miembro de su Junta Directiva
7	HIGUERASA LATAM S.A.S. Hecho 196. Es un hecho errado pues el importe corresponde a GYPTEC	\$695.135.298	Inversión permanente en GYPTEC S.A. (Nota 14. a los Estados Financieros 2014).	El Gerente Jaime Cano Fernández también es miembro de su Junta Directiva GYPTEC S.A. y Jorge Hakim Tawil es Gerente Suplente

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS**

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

	COMERCIALIZA DORA S.A.S.			
8	LUIS FERNANDO ALVARADO, JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ, ESGUERRA BARRERA ARRIAGA entre otros, citados en la Asamblea Hecho 207.	\$1.169.148.031 Partida global de honorarios	C) Pago de honorarios a asesores legales de los administradores de GYPTEC S.A.	Apoderados de los administradores
9	LETICIA ROCIO GNECCO Hecho 211.	\$108.623.581	Pago a correlacionados	de Alejandro Hakim Tawil (qepd) accionista de GYPTEC S.A.
10	LETICIA ROCIO GNECCO Hecho 211.	\$447.536.102	Deudores varios (Nota 9. a los Estados Financieros 2014).	Esposa de Alejandro Hakim Tawil (qepd) accionista de GYPTEC S.A.
11	OSCAR ROMERO VARGAS Hecho 215.	\$1.232.000	C) Pagos a Miembros de la Junta Directiva de la sociedad	Miembro de la Junta Directiva de GYPTEC S.A.
12	ALEJANDRO HAKIM DOW Hecho 215.	\$70.974.609	C) Pagos a Miembros de la Junta Directiva de la sociedad	Miembro de la Junta Directiva de GYPTEC S.A. y Gerente Suplente
13	JORGE HAKIM TAWIL Hecho 221.	\$1.869.282.873,64	Deudores varios (Nota 9. a los Estados Financieros 2014).	Miembro de la Junta Directiva de GYPTEC S.A. y Gerente
14	ALEJANDRO HAKIM TAWIL Hecho 221.	\$501.822.598,33	Deudores varios (Nota 9. a los Estados Financieros 2014).	Miembro de la Junta Directiva de GYPTEC S.A. y Gerente Suplente
15	SAMARA TRANS ENERGY Hecho 221.	\$117.403.769	Deudores varios (Nota 9. a los Estados Financieros 2014).	El Gerente Darío Sandoval es miembro de la Junta Directiva de GYPTEC S.A.
	Parte	Importe	Actividad	Conflicto
16	ALEJANDRO HAKIM DOW Hecho 221.	\$1.701.680.608	Deudores varios (Nota 9. a los Estados Financieros 2014).	Miembro de la Junta Directiva de GYPTEC S.A. y Gerente Suplente
17	EQUIPMENT ZONA FRANCA S.A.S. Hecho 221.	\$26.887.768	Deudores varios (Nota 9. a los Estados Financieros 2014).	Jorge Hakim Tawil Gerente de GYPTEC S.A. es accionista de EQUIPMENT ZONA FRANCA S.A.S.
18	FELL LOGISTIC S.A.S. Hecho 221.	\$27.601.506	Deudores varios (Nota 9. a los Estados Financieros 2014).	Jorge Hakim Tawil Gerente de GYPTEC S.A. es accionista de FELL LOGISTIC S.A.S.
19	LETICIA GNECCO SERRANO Es la misma	\$447.536.102	Deudores varios (Nota 9. a los Estados Financieros 2014).	Esposa de Alejandro Hakim Tawil (qepd) accionista de GYPTEC S.A.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

	partida del Hecho 211			
20	HAKIM TAWIL S. en C. en liquidación	\$26.999.696	Deudores varios (Nota 9. a los Estados Financieros 2014).	Claudia Hakim de Neme representante legal hermana de Jorge Hakim Tawil Gerente de GYPTEC
21	JORGE HAKIM TAWIL	\$5.191.685.954	Reconocimiento representante legal (Comisiones) Cuentas de orden (Nota 25. a los Estados financieros 2014)	Miembro de la Junta Directiva de GYPTEC S.A. y Gerente

Si se contrasta la información que arroja el cuadro inmediatamente anterior con la normatividad relativa al conflicto de interés y las consideraciones del Tribunal en torno al mismo, es claro lo siguiente:

a. Que Gyptec efectuó pagos por distintos conceptos a algunos accionistas, a administradores y directivos, a miembros de la Junta Directiva, a sociedades y a familiares correlacionados, a sociedades en las cuales los administradores de Gyptec son simultáneamente representantes legales o socios de ellas y a abogados que asumieron la representación judicial de administradores de Gyptec en procesos en los que ésta no es parte. De lo anterior dan fe los Anexos al Informe de Gestión presentado en la Asamblea, así como las notas a los estados financieros⁹⁷.

b. Que el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 exige que la Asamblea General de Accionistas debe autorizar expresamente el levantamiento del conflicto de intereses.

c. Como tal requisito de ley no se cumplió, las partidas y pagos correspondientes se apartan de la transcrita norma.

5.4. El abuso del derecho

Para comenzar, puede afirmarse que el deber de no abusar de los derechos propios, en perjuicio de los ajenos, al que está obligada toda persona que se encuentre sujeta a la normatividad que rige en nuestro país, tiene la categoría de principio general del derecho que comprende el campo contractual y el extracontractual. También se erige hoy en un deber de conducta de estirpe constitucional, a la luz del artículo 95 la Constitución que es del siguiente tenor: "... Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios...".

Sobre el abuso del derecho ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

"Fue así como, concordante con esas directrices ideológicas que circulaban en el mundo, la Corte entendió también que el abuso de los derechos no se presentaba únicamente en la esfera particular

⁹⁷ Folios 90 y siguientes y 96 y siguientes del Cuaderno de Pruebas número 1.

del dominio, sino en otros escenarios, y por ello adujo que "...la responsabilidad civil por abuso de derechos subjetivos, generalmente en nada se separa de los lineamientos principales de la culpa aquiliana, o de la contractual en su caso..." (G. J. t. CXLVII, pag. 82), aserción mediante la cual reafirmó la entrada que le había dado en el campo propio de los contratos, desde cuando, casi un siglo antes, en sentencia de 6 de diciembre de 1899 (G. J. XV, 8), encontró posible su ocurrencia siempre que se abusara de los derechos emanados de los acuerdos de voluntades.

"De conformidad con el artículo 830 del Código de Comercio 'el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause'. Con esta norma surge indiscutible cómo sin ambages ni dubitación el ordenamiento dio carta legislativa a la figura y, con ello, ofreció cabida a la reparación de los daños originados en la actividad del titular que ejerciera sus derechos en forma excesiva, anormal, dolosa o culposa, ora en la práctica de una prerrogativa desvinculada de toda conducta convencional y de la nacida de un contrato.

"Asimismo, el numeral 1° del artículo 95 de la Constitución Política de 1991 estableció que constituye deber de todas las personas y de todos los ciudadanos '[R]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios'; con lo que, cual es fácil de apreciar, el ordenamiento jurídico encontró necesario adoptar y respaldar el postulado hasta entonces examinado y definido desde la doctrina y la jurisprudencia, para, ante la magnitud e importancia en los tiempos que corren, consagrarlo como un deber cuya raigambre se halla en la misma concepción constitucional, demostración palmaria del interés sobresaliente que encuentran hoy el Estado y la sociedad en ese principio. Esto es, no quieren ellos que el ejercicio de los derechos propios sea pretexto para que los ajenos deban ceder ineluctable e injustificadamente, como quiera que las atribuciones de cada ciudadano deben ser practicadas dentro de sus precisos linderos, sin intromisión en las órbitas extrañas y sin violación de los intereses correspondientes a los demás".⁹⁸

En plena concordancia con las transcripciones jurisprudenciales precedentes, este Tribunal comparte y, por ello, se permite transcribir los siguientes apartes doctrinales contenidos en el laudo arbitral proferido para dirimir las diferencias de Guillermo Mejía Rengifo, de una parte, y Lucila Acosta Bermúdez y otros, de la otra, de fecha 17 de marzo de 2004⁹⁹, los cuales fueron reproducidos por Gyptec en la contestación de la demanda para sustentar su pretendida excepción titulada *"Inexistencia de abuso del derecho al voto en las decisiones adoptadas por la asamblea de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015"*, sobre la cual el Tribunal tendrá ocasión de pronunciarse más adelante:

"(...) En el sentido expuesto se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aludiendo a la implicación de la realización de una conducta que entrañe abuso del derecho en el marco de la celebración o ejecución de una relación contractual:

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 2010, Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete.

⁹⁹ Fallo arbitral del 17/3/04 de Guillermo Mejía Rengifo vs. Lucila Acosta Bermúdez y otros. Árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano Reveiz y Fernando Silva García.

‘... [N]ingún argumento convincente se adujo en orden a demostrar que el fenómeno conocido como “abuso del derecho” tiene reducido su campo de acción a servir de fuente de obligaciones extracontractuales, que no cumple por ende papel alguno cuando se trata del ejercicio de facultades emanadas de la contratación entre particulares y, por último, que no es posible concebir el ‘acto abusivo’ sino en tanto medie una falta personal imputable a título de dolo o de culpa al autor del daño de quien es reclamada la respectiva indemnización.

‘Así pues, la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo, ora sea al ejercitarlo o al dejar de hacerlo, es un valioso principio regulador de tipo general que en tanto permite un amplio control judicial orientado a reprimir esos comportamientos donde quiera que se presenten...’ (C.S.J., sentencia de octubre 14 de 1994, expediente 3972).

‘Jorge Suescún Melo ha sintetizado en forma afortunada algunas de las orientaciones que la jurisprudencia nacional ha sentado para explicar el marco dentro del cual puede surgir la responsabilidad por abuso del derecho:

‘Según nuestra jurisprudencia, para que no se incurra en responsabilidad por abuso del derecho, es menester que este se ejerza de tal forma que sirva para el cumplimiento del fin social a que está destinado y sobre bases de estricta justicia. Por ello se dice que no es suficiente que se haga uso de las facultades que se desprenden de los derechos que nos corresponden, sino que dicho uso debe hacerse sin perjuicio de los demás y con la intención de no causar daño’.

‘Sobre la aplicación del abuso del derecho al ámbito de las relaciones contractuales también se ha pronunciado Ernesto Rengifo García:

‘El abuso se puede dar tanto en el ejercicio de un derecho contractual — p. ej., en los contratos de arrendamiento de servicios de duración indeterminada, en el contrato de mandato, en el contrato de compraventa, en el contrato de arrendamiento de cosas, en el contrato de sociedad—, como en el ejercicio de un derecho extra contractual’.

El campo doctrinal ha sido fecundo para asignar entidad propia al abuso del derecho, independiente del campo de la responsabilidad civil. A este efecto, por ejemplo, el tratadista Carlos Fernández Sessarego estima

“... que el acto abusivo, que se sustenta originalmente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial – o una omisión de la misma naturaleza-, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, sui generis, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma...”

"Al situarse el problema dentro del marco de la situación jurídica subjetiva, es recién posible comprender a plenitud cómo el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del cual se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ejercicio o del no uso de un derecho. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría general del derecho"¹⁰⁰.

"El incumplimiento del genérico deber, que consiste en actuar del modo prohibido por la ley – desde que ésta expresamente no ampara o no protege el ejercicio o la omisión abusiva de un derecho subjetivo – comporta, por tanto, un acto no permitido, es decir, ilícito. Pero, este acto ilícito tiene una especial connotación en la medida que, inexorablemente, es generado como consecuencia de una conducta específicamente lícita... Lo dicho no impide que entre cada una de aquellas categorías de conductas humanas se distingan matices y características propias...". Todo lo hasta aquí expresado conduce, evidentemente, a conferir autonomía conceptual al abuso del derecho".

De manera consecuente con lo antes expuesto y como corolario de la "ilicitud" que conlleva el abuso del derecho, la doctora Noemí Nicolau señala que tal proceder o conducta abusiva debe conducir a la suspensión o interrupción de los efectos de la misma:

"La indemnización de los daños es el primer y principal efecto de la declaración de abusividad de un acto, pero en la dogmática actual, preocupada por la función preventiva, se reconoce a la víctima de un obrar abusivo el derecho a solicitar la paralización del ejercicio abusivo, inclusive por la vía de acción inhibitoria"¹⁰¹

Para el Tribunal es claro que el abuso del derecho no debe ser considerado solamente como fuente de obligación de responsabilidad y de reparación a cargo de quien en él incurre, sino también a que el juez, frente a conductas o decisiones societarias de tal naturaleza, también adopte las medidas que anulen o hagan cesar los efectos del abuso, máxime cuando la misma ley mercantil, en materia

¹⁰⁰ Carlos Fernández Sessarego. *Abuso del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p.p. 139 y s.s. Sobre este mismo tema Gustavo Ordoqui Castilla, dice: "Queda claro que el abuso del derecho en cuanto principio general del derecho excede la figura de la responsabilidad extracontractual, ámbito en el que se le ha presentado tradicionalmente. Como anota RENGIFO GARCÍA si el abuso de derecho es aplicable tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, **por lógica cabría destacar que es algo más o algo diferente de la responsabilidad contractual o extracontractual.** ...

"Por lo expuesto, autores como FERNÁNDEZ SESSAREGO (Ob. cit., pág. 139 y 143) entienden que en estos casos lo ilícito presenta caracteres 'sui generis' por lo que se aparta de la responsabilidad civil para formar una figura autónoma, transgrediéndose una norma fundamental de la convivencia social que se concreta en el deber de no perjudicar injustificadamente el interés ajeno en el ejercicio o no de un derecho. Esto marca la autonomía de la figura y la ubica en la teoría general del derecho y no solo en la esfera de la responsabilidad extracontractual".

"Superada ya la época del enfoque individualista absolutista del derecho y pensado éste en su realidad social y solidaria, el abuso del derecho aparece como proyección de la función limitadora de la buena fe con funciones de autorregulación en el ejercicio del derecho en su dimensión social. La figura a estudio deja de ser parte de la responsabilidad civil para destacarse en la teoría general del derecho de aplicación generalizada". Gustavo Ordoqui Castilla. *Abuso de derecho (civil, comercial, laboral y administrativo)* – Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2010 -. (Colección internacional; No. 20), págs. 72-73.

¹⁰¹ Noemí Lidia Nicolau. La dimensión axiológica de la materia contractual, en *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p.254.

de derecho societario, ha previsto en favor de los socios disidentes la figura de la impugnación de las decisiones adoptadas en una asamblea de accionistas cuando quiera que tengan realización fáctica las causales de ley. Dentro de ellas forzosamente habrá que incluirse las que se refieren a los deberes y obligaciones de los administradores y de los socios, quienes, como es apenas elemental, deben ceñirse a los más estrictos principios de la ética y de la buena fe que, precisamente, se ven vulnerados con las conductas abusivas que pretendan sustentarse en el ejercicio de un derecho.

Como bien se sabe, la figura del abuso del derecho en Colombia se fundamenta en los artículos 95 de la Constitución Política y 830 del Código de Comercio, entre otros. Tales disposiciones obligan a que nadie puede abusar de los derechos propios, afectando o vulnerando los ajenos, sin comprometer su responsabilidad y estar obligado a indemnizar los perjuicios que cause. Simultáneamente, dicho abuso debe dar lugar, según se expresó precedentemente, a la adopción de medidas para que los efectos nocivos o de daño cesen o se eviten y no se consoliden en el tiempo.

Sobre el abuso del derecho la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que *"... un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación..."*¹⁰².

En forma precisa y, si se quiere, severa la misma Corporación judicial ha sostenido que *"el negocio jurídico jamás es instrumento de injusticia e inequidad"* y, por lo tanto, *"... la libertad debe ejercerse en forma seria, madura y responsable, siempre ceñida a prístinos estándares de autorresponsabilidad, pulcritud, corrección, probidad, buena fe, respeto recíproco, relatividad del derecho, razón, utilidad y función de su reconocimiento. Esta directriz, en tratándose del negocio jurídico, el contrato y la relación obligatoria, impone a las partes el deber de desplegar todos los actos idóneos en procura de su plenitud e integridad, función práctica o económica social, evitación y disipación de las causas de ineficacia conforme a su naturaleza compromisoria, la lealtad, probidad, corrección y buena fe"*¹⁰³.

También tiene en consideración el Tribunal los siguientes apartes del Laudo Arbitral del proceso de Inversiones Pimajua S.A.S contra Urbanización Marbella S.A.:

"4.3. La buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos y el rechazo generalizado al abuso del Derecho. Somera proyección en el Derecho de sociedades"

¹⁰² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 agosto de 2000.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2011.

(...)

“Bien ha revelado el profesor Luis Díez-Picazo que “El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico. El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas. El derecho subjetivo debe ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisibles y es antijurídico”¹¹.

¹¹ Luis Díez-Picazo. Prologo a la obra del profesor Franz Wieacker, titulada *El principio general de la buena fe*, Cuaderno Civitas, 1982, p. p. 19 y 20, autor español que en otra obra de su autoría, aludiendo a esta función puntual de la buena fe y su interrelación con figuras más específicas, aun cuando derivadas, señaló que “La regla de la buena fe se dirige ante todo, al titular de un derecho subjetivo y le impone que el derecho se ejercite de acuerdo con las normas de la lealtad, la confianza y de la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente pretender o esperar. Aunque no resulta fácil tipificar los actos de ejercicio de los derechos subjetivos que pueden resultar extralimitados por violar el mandamiento de la buena fe, en términos generales, la doctrina y, en algunas ocasiones la jurisprudencia de los tribunales, ha situado entre ellos la figura del abuso del derecho; la interdicción de venire contra factum proprium.....”. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Introducción y teoría del contrato*, T. I, Thompson- Civitas, Pamplona, 2007, p. p. 62 y 63.)

(...)

“Baste manifestar, antes de escrutar el tema del ejercicio abusivo de sus prerrogativas por parte de la mayoría de los consocios en un sociedad, que el abuso del Derecho, a diferencia de lo que se pensó en el pasado al amparo de un criterio eminentemente subjetivo, hoy no requiere para su configuración la presencia de una deliberada intención de dañar (animus nocendi), o de una paladina ‘causa ilícita’, stricto sensu, habida consideración que en la actualidad es pacífico que al abuso bien puede arribarse mediante la realización de conductas no intencionales, pero constitutivas objetivamente de anormalidad, desviación teleológica (finalidad del derecho), antijuricidad, entre varias caracterizaciones más desarrolladas por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, según el caso, de suerte que en lo que concierne a la génesis del consabido abuso podrán converger válida y separadamente los dos criterios: subjetivo y objetivo, no siendo patrimonio exclusivo el primero de ellos, pues igualmente de recibo es el segundo.

(...)

“E igualmente conclusiva, por su parte, es la doctrina nacional y foránea, al reiterar que la intención de dañar, o el deliberado querer de perjudicar, per se, no son causa exclusiva del abuso. Por ello es por lo que se puede abusar de un derecho, desde una perspectiva objetiva, sin que sea indefectible aludir a la mala fe, a la temeridad, o actos típicamente protervos.

4.4. El abuso del Derecho en el ámbito societario y la protección democrática de los socios minoritarios. Importancia del concepto de ‘interés social’.

(...)

“Así las cosas, si bien no puede desconocerse que en función de la democracia societaria en principio es claramente comprensible, a la par que justificado que el control de las sociedades le corresponde a los socios mayoritarios (‘socios de control’) que han realizado un mayor esfuerzo económico que los minoritarios confirmándose por lo tanto su ‘carácter plutocrático’, recta y neutralmente entendido-, tampoco puede desconocerse que la minoría en las sociedades es sujeto de derechos y obligaciones, condición que a buena hora ha merecido la atención especial de la Constitución, de las leyes, de la jurisprudencia y de la doctrina, en general¹⁸, toda vez que se ha entendido que como es un grupo de personas más vulnerables, a términos del artículo 13 de la Constitución -y demás disposiciones concordantes-, amerita mayor atención y salvaguarda, el que a la letra expresa: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (se destaca).

¹⁸ Cfr. Fernando Marín de la Bárcena G.. “Opresión de la minoría”, en Revista de Derecho de Sociedades, No 34, 201, p. 341, quien recuerda que “Los ordenamientos del todo el mundo han desarrollado ciertas técnicas de protección de la posición jurídica del socio minoritarios en supuesto de opresión, como problema específico de las sociedades de capital cerradas”. Cfr. Felipe Cuberos de las Casas, Sociedad por acciones simplificadas, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2012, p.88, quien igualmente hace hincapié en dos importantes factores relacionados: la actuación por parte de “...socios mayoritarios dada su mayor ingerencia en la conducción de los negocios sociales, y especialmente cuando se está en presencia de sociedades cerradas....” (se destaca).

(...)

“A tono con lo ya expresado, no resulta entonces admisible que, bajo el pretexto de la libertad de empresa, de la libertad de asociación, sin duda de cardinal valía, lo reitera el Tribunal, se mancillen derechos ajenos, contrariando de paso el atributo cooperativo ínsito en todo contrato de sociedad (contrato de colaboración, rectius cooperación)¹⁹, así como los más mínimos deberes asociados con la buena fe objetiva en general, y con la buena fe empresarial o societaria, que no es un adorno, o una exigencia anodina, sino vertebral. No es fortuito pues que en consideración a dicha circunstancia, a menudo en la ciencia del Derecho se refiera al expresivo término consocio -o consocios-, el que denota comunión, y un ánimo cooperante, el que obviamente no puede extremarse hasta el punto de propiciar un manifiesto e inconsulto perjuicio en cabeza del llamado a observar tales deberes, puesto que la cooperación, de por sí, no puede ser demandada a raja tabla, ciegamente o sin límites, o sea sin que medie equilibrio, fiel de la balanza de los derechos y de los deberes.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTec S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

¹⁹ Por excelencia, como ya se ha esbozado, el contrato de sociedad es considerado un arquetípico contrato de colaboración, puesto que como lo ha refrendado la Corte Suprema de Justicia en punto tocante al contrato de sociedad, es patente que "...reina entre los asociados una voluntad de colaboración activa, conscientes de que la unión de esfuerzos y de capital será capaz de lograr lo que aisladamente una persona y su capital individual no conseguiría" (Sentencia del 30 de julio de 1970, C.J. t. CXXXIX, p. 960).

*"Por eso, lisa y llanamente, no se puede hacer culto al ejercicio desmedido, desenfrenado, arbitrario y en tal virtud abusivo de los derechos en cualquier sociedad, provenga de quien provenga, a fortiori tratándose de sociedades cerradas en las que la observancia de una auténtica democracia societaria, en especial en el campo del ejercicio del voto de los socios, deviene esencial"*²⁰.

²⁰ Jurisprudencia estadounidense atinente a la misma temática es del siguiente tenor, "La mayoría... tiene ciertos derechos en la sociedad de lo que se ha denominado "propiedad egoísta" que deben ser equilibrados con el concepto de obligación fiduciaria que se tiene con la minoría. Sentencia Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc., 353 N.E.2d 657, 663 (Massachusetts. 1976).

(...)

*"De allí que en función de lo que el profesor Joaquín Garrigues había vislumbrado a finales de la década de los años cincuenta de la centuria anterior: "Al entrar en sociedad, el socio se somete voluntariamente a las decisiones de la mayoría, reconociendo a ésta el poder de decidir en cada caso lo más conveniente. Pero esta sumisión no se hace de un modo incondicionado, sino de un modo condicional, es decir, sólo en el caso de que la mayoría efectivamente represente y defienda el interés de la sociedad. Cuando la mayoría se aparta de este interés y, sin embargo, sigue ejerciendo sus poderes, indudablemente abusa de ellos o se desvía en su actuación. Entonces deja de representar el interés de la sociedad y pasa a representar y defender un interés de grupo o de un accionista aislado"*²⁹

²⁹ Joaquín Garrigues. "La protección de las minorías en el derecho español", en Aranzadi Insigns, Bib, 1959, p. 12. Cfr. Juan Pablo Amaya Prieto. "Abuso del derecho en materia societaria: opresión de accionistas y políticas)"

Luego de sentadas las anteriores premisas legales y doctrinales, corresponde al Tribunal descender al análisis de los hechos del conflicto jurídico que ha sido sometido a su decisión mediante el trámite del presente proceso arbitral, en aras a establecer si en este caso se observa el ejercicio abusivo del derecho de voto emitido por los asambleístas para la aprobación de los distintos puntos que refleja el acta número 20 correspondiente a la Asamblea ordinaria de accionistas de Gyptec, celebrada el 1 de abril de 2015 en su domicilio principal y, de ser ello así, cuales las consecuencias que de tal conducta abusiva se derivan.

Para ello, será menester referirse por separado a cada uno de los puntos del orden del día tratados en la asamblea mencionada y que son materia de impugnación en la solicitud de convocatoria que dio inicio a este proceso arbitral, para establecer y determinar si con la emisión del voto de los socios de Gyptec presentes o representados en la asamblea: i. Se configuró un abuso del derecho; ii. Se privó de manera abusiva a Carlos Hakim de la necesaria deliberación e información que debe preceder al voto en toda asamblea.

5.5. La aprobación del Informe de Gestión

Son 11 las pretensiones del Grupo 1 de la demanda, atinentes a la impugnación de la decisión de aprobar el Informe de Gestión del Gerente de Gyptec, contenida en el Acta No. 20 de la Asamblea de Accionistas de 1 de abril de 2015. Se solicita en seis pretensiones principales de este GRUPO 1, que apuntan a enervar la decisión de aprobar el mencionado Informe de Gestión: (i) contraviene norma imperativa, (ii) está viciada de objeto ilícito, (iii) fue aprobada en conflicto de intereses, (iv) se tomó en abuso de derecho, (v) se tomó en abuso de derecho de los accionistas y (vi) se tomó en abuso del derecho de voto de los accionistas. La séptima pretensión principal se pide como consecuencial de la prosperidad de cualquiera de las seis que le anteceden, para que se declare la nulidad absoluta de decisión de aprobación del Informe del Gerente de Gyptec del año 2015.

Sea lo primero resaltar que de las 17 páginas que contiene el Informe del Gerente, 13 de ellas corresponden a aspectos y a procesos jurídicos (páginas 1 a 14), pasando a segundo plano lo concerniente a la evolución de los negocios y la situación económica y administrativa de la empresa, que es lo usual de éstos informes de gestión. El Informe consta de siete apartes, así: 1. Balance Financiero (página 1); 2. Aspectos Jurídicos (páginas 1 a 14); 3. Operaciones celebradas con los Accionistas y con los Administradores (páginas 14 a 15); 4. Proceso de Inversión y/o venta de Activos (páginas 15 a 16); 5. Estado de cumplimiento de Normas sobre Propiedad Industrial y Derechos de Autor (página 16); 6. Información adicional ; y 7. Perspectivas para el 2015.

Resulta indudable que el Informe del Gerente General Jorge Hakim no tiene el aspecto propio de un documento de rendición de cuentas de fin de ejercicio, como debe serlo un informe de gestión. En efecto, una lectura desprevenida del mismo muestra el simple propósito de presentar el punto de vista de Jorge Hakim sobre varios pleitos promovidos por Carlos Hakim, como aquel en el que se presentó una demanda de reconvenición por Gyptec contra Carlos Hakim, solicitando la condena en perjuicios por la frustración de la capitalización de Gyptec y Hanetec por parte de USG International Ltd., el de una demanda de responsabilidad en contra de administradores de Gyptec presentada por Carlos Hakim que cursa en la Superintendencia de Sociedades, y de la cual no forma parte Gyptec, y un proceso de impugnación de las decisiones de la Asamblea General de Accionistas de Gyptec de 1 de abril de 2014 ante un Tribunal de Arbitramento. En dicho Informe de Gestión, de una manera que no corresponde al respeto y al tratamiento igualitario que han de recibir todos los socios por parte de los administradores, se hacen innumerables reproches al socio Carlos Hakim, quien es mencionado en multitud de ocasiones en el Informe y no de la mejor manera por razón de sus demandas y su actuación como demandante y se presentan profusas argumentaciones legales de defensa contra las acciones ejercidas por Carlos Hakim, principalmente la de responsabilidad de administradores de Gyptec. El informe de Gestión de Jorge Hakim, más que presentado a la Asamblea Ordinaria y a los accionistas de Gyptec, constituyen un alegato jurídico de defensa frente a la demanda incoada por Carlos Hakim en contra de los administradores de Gyptec. Esta profusa argumentación jurídica de Jorge Hakim es totalmente ajena y extraña al objeto de un Informe de Gestión que, según la ley, corresponde a un relato o detalle escrito sobre la forma como se llevó a cabo la gerencia y administración de la empresa (patrimonio, negocios, ingresos, gastos, manejo de

sus recursos, proyecciones, etc.) y las medidas cuya adopción recomiende. Esto es lo que corresponde a la obligación de los administradores de rendir cuenta de su gestión después de finalizado cada ejercicio (artículo 446 del Código de Comercio y artículos 45, 46 y 47 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 49 de los estatutos sociales). En estos informes ha de indicarse los acontecimientos importantes del ejercicio, la evolución previsible de la sociedad, las operaciones celebradas con socios y administradores, el cumplimiento de normas sobre propiedad intelectual. Temas que se echan de menos en el informe de Jorge Hakim objeto de análisis que, se repite, fundamentalmente se destinó a explayarse sobre temas litigiosos, incluso de aquellos en los cuales Gyptec no es parte, amén de arremeter contra un socio.

La conducta asumida por el representante legal de Gyptec y los apoderados de Arkata y Ukiah durante la Asamblea General de Accionistas de esa empresa, celebrada el 1 de abril de 2015, impidió el desarrollo cabal de la misma que, a la luz de nuestra normatividad, debe cumplir y respetar el derecho de todos los socios a obtener información sobre el manejo de los negocios, del patrimonio y de los dineros de la empresa. Esa irregular conducta quebrantó la debida y real deliberación de los socios de Gyptec sobre el informe del Gerente y las cuentas y balances del ejercicio 2014, que hubiese dado vía libre para el legítimo y adecuado ejercicio del derecho al voto de los socios con el conocimiento detallado sobre los mismos, tal como de manera insistente y reiterada lo pidió infructuosamente el accionista Carlos Hakim.

Así las cosas, para el Tribunal es claro que se vulneró el artículo 422 del Código de Comercio, pues por la ocurrencia fáctica del abuso del derecho de votar por parte de la mayoría de los socios, integrada por los apoderados de las sociedades panameñas Arkata y Ukiah, designados por Jorge Hakim, también representante legal de Gyptec, se impidió a Carlos Hakim ejercer el principal derecho que tiene un socio durante el desarrollo de la asamblea general de una sociedad anónima, que es el establecido en el numeral 1 del artículo 379 del Código de Comercio, conforme al cual está facultado para participar en las deliberaciones de la asamblea y votar en ella debidamente informado, información que de manera reiterada y consistente le fue negada.

Como puede apreciarse, realmente no hubo, se repite, una debida consideración del balance en esa Asamblea, pues el derecho a la información y al voto con conocimiento de Carlos Hakim fue violado al no ser respondidas sus muy pertinentes preguntas y solicitudes de explicaciones que formuló en la asamblea, por parte del representante legal de Gyptec. La violación del artículo 379 en que incurrió Jorge Hakim, con el concurso necesario de los apoderados de Arkata y Ukiah, reviste una inusitada gravedad por haber sido ostensible la violación de otro de los derechos principales del accionista Carlos Hakim, cual es el de inspeccionar **libremente** en los 15 días anteriores a la Asamblea de 1 de abril de 2015 los libros y papeles sociales de Gyptec, consagrado en el Código de Comercio en los artículos 379, 422 y 447 del Código de Comercio y en el numeral 6 del artículo 23 y en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995.

Los Estatutos Sociales de Gyptec disponen: “*Artículo 69 Reserva Comercial. Ningún empleado o funcionario podrá revelar operaciones de la sociedad, salvo que lo exijan entidades o funcionarios*”

que de acuerdo con los criterios puedan conocerlas o alguna autoridad facultada legalmente para imponerse en ellas. Los accionistas sólo podrán informarse de las operaciones sociales durante el término que la ley les conceda hacer uso de su derecho”.

Tal reglamento consagra, pues, un particular derecho que tienen los accionistas a informarse de las operaciones sociales, lo que involucra tanto el ejercicio del derecho de inspección antes de las asambleas que examinen balances de fin de ejercicio, como el derecho a deliberar y participar con preguntas y solicitando explicaciones cuando se ponga a consideración de la Asamblea el informe de gestión del representante legal y los estados financieros de fin de ejercicio. Este derecho a la información de las operaciones sociales de Carlos Hakim ha sido coartado por la administración de Gyptec y por el abuso del derecho de votar de los accionistas Arkata y Ukiah en la aprobación del Informe del Gerente y de los Estados Financieros de Gyptec en la Asamblea Ordinaria de 2015.

La consideración del Informe del Gerente no comienza en la Asamblea por una lectura del mismo por parte del Gerente Jorge Hakim, sino por una constancia del mismo, según la cual los libros y papeles de contabilidad y la documentación de los artículos 446 y 447 del Código de Comercio estuvieron a disposición de los accionistas para el ejercicio del derecho de inspección del cual hicieron uso los apoderados de Carlos Hakim. frente a ello, la apoderada de Carlos Hakim manifestó que el derecho de inspección aludido fue flagrantemente vulnerado con la imposición de un Protocolo impuesto unilateralmente por la administración de Gyptec y que a los representantes de Carlos Hakim y en cumplimiento del mismo se les impidió tomar notas acerca de los documentos revisados, utilizar dispositivos electrónicos como celulares, acceder a información y se les impuso condiciones arbitrarias para el acceso y solicitud de documentos. La controversia sobre el ejercicio del derecho de inspección continúa sin que propiamente comience la consideración del Informe del Gerente, pues este solicita incorporar al acta un documento de fecha 27 de marzo de 2015 que la administración dirigió a Paola Guerrero, apoderada de Carlos Hakim para el ejercicio del derecho de inspección, quien había solicitado el 26 de marzo de 2015 la exhibición de varios documentos a la administración. Como la representante de Carlos Hakim se opone a tal incorporación, el Presidente de la Asamblea somete a votación que no se incluya tal documento de la administración en el acta, proposición que es derrotada por mayoría de votos. Los accionistas entonces leen el Informe que es puesto a consideración de la Asamblea. La apoderada de Carlos Hakim rechaza categóricamente el informe por la versión parcializada y subjetiva de los procesos judiciales, pues el Gerente se encuentra en conflicto de intereses para pronunciarse objetivamente sobre los procesos judiciales. Se objetan por Carolina López: afirmaciones del informe según las cuales Carlos Hakim con sus acciones judiciales ha imposibilitado el desarrollo del objeto de Gyptec y aplicar sus planes de expansión y que la única alternativa de Gyptec es la venta de la unidad de negocios de Drywall; el incremento de los gastos de administración por cuenta del pago de honorarios de representación de Gyptec y gastos de defensa de los administradores; que Gyptec haya constituido prenda sobre maquinaria de su propiedad para garantizar las obligaciones de Hanetec con USG, y que vaya a pagar o esté pagando obligaciones de un tercero, pues ello contraviene los estatutos sociales de Gyptec. Estas inquietudes de la apoderada de Carlos Hakim no son respondidas por el Gerente Jorge Hakim, sino por el Presidente de la Asamblea, apoderado de Arkata, que considera que es

suficiente la explicación contenida en el Informe del Gerente sobre la venta de la unidad productora de Dry Wall y que la prohibición de Gyptec de garantizar obligaciones de terceros es un concepto de la representante de Carlos Hakim que él no comparte.

A este último respecto anota el Tribunal que los estatutos sociales de Gyptec prohíben expresamente garantizar obligaciones de terceros en el Parágrafo Segundo del Artículo 3 OBJETO SOCIAL, que dice: *“La sociedad no podrá garantizar obligaciones diferentes de las suyas, salvo autorización de la Junta Directiva”* y también en el artículo 70. De manera que el Tribunal no duda en censurar el hecho de que el Presidente de la Asamblea y representante de Arkata señale a la inquietud formulada respecto de la prenda constituida por Gyptec sobre su maquinaria para garantizar las obligaciones adquiridas por Hanetec con USG que es *“un mero concepto de la doctora Carolina”* el hecho de que la sociedad no pueda garantizar obligaciones de terceros.

Y a continuación proponer a la Asamblea considerar suficientes las explicaciones contenidas en el Informe del Gerente, respecto a las preguntas, consideraciones y solicitud de explicaciones del representante de Carlos Hakim, lo cual es acogido con el voto de Arkata y Ukiah, la abstención de Jorge Hakim y el voto negativo de Carlos Hakim. Finalmente el Informe del Gerente es sometido a la aprobación de la Asamblea y es aprobado por esas mismas sociedades panameñas, la abstención de Jorge Hakim y el voto negativo de Carlos Hakim.

Es así como puede observarse diáfamanamente que no hubo una verdadera aprobación sobre un Informe de Gestión en la Asamblea de Ordinaria de Gyptec de 1 de abril de 2015, por cuanto el Informe del Gerente no cumple con los requisitos de ley para ser considerado como tal, no corresponde propiamente a un informe sobre el estado de los negocios sociales, ni a una exposición sobre la situación económica y administrativa de la sociedad, y luego no hubo una verdadera consideración ni deliberación sobre el Informe del Gerente, pues las inquietudes y solicitud de explicaciones se resolvieron aprobando una proposición en manifiesto abuso del derecho al voto de la mayoría y con el incumplimiento de los deberes del administrador, particularmente el de darle un trato equitativo a Carlos Hakim como socio de la compañía, pues es evidente que uno fue el trato que recibieron Arkata y Ukiah, accionistas que conforman la mayoría, y otro muy distinto al que fue sometido Carlos Hakim en la asamblea de 2015 con ocasión de la aprobación del Informe del Gerente y de los estados financieros de Gyptec.

A toda la anterior situación de violación del derecho de inspección, de impedir la deliberación mediante el abuso del derecho de votar realizado de manera muy abierta por el Gerente de Gyptec y el Presidente de la Asamblea que representaba las acciones de Arkata, secundado por el representante de Ukiah, se suma el hecho de contener el balance de fin de ejercicio 2014 numerosas partidas que revelan conflicto de intereses.

En efecto, el cuadro elaborado por el Tribunal que aparece en páginas anteriores y reproduce partidas que figuran en el informe de la Junta Directiva y en las notas a los estados financieros, advierte claramente y de bulto el conflicto de interés puesto de manifiesto insistentemente por el

demandante en sus constancias formuladas durante el pretendido ejercicio del derecho de inspección, en la asamblea y en los hechos de la demanda.

5.6. La aprobación de los Estados Financieros

Son 11 las pretensiones del Grupo 2 de la demanda, atinentes a la impugnación de la decisión de aprobación de los estados financieros del año 2014 de Gyptec, contenida en el Acta No. 20 de su Asamblea de Accionistas. Se solicita en seis pretensiones principales de este GRUPO 2 que se declare que la decisión de aprobar los mencionados estados financieros: (i) contraviene norma imperativa, (ii) está viciada de objeto ilícito, (iii) fue aprobada en conflicto de intereses, (iv) se tomó en abuso de derecho, (v) se tomó en abuso de derecho de los accionistas y (vi) se tomó en abuso de derecho de voto de los accionistas. La séptima pretensión principal se pide como consecuencial de la prosperidad de las seis que le anteceden, para que se declare la nulidad absoluta de la decisión de aprobación los estados financieros del año 2014 de Gyptec.

Sobre este punto de la reunión de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad Gyptec, el Tribunal encuentra lo siguiente:

Carolina López, apoderada de Carlos Hakim Dow, hace las siguientes dos preguntas al Gerente, Jorge Hakim Tawil, durante el desarrollo de la asamblea en este punto del orden del día:

1. “Indicar por qué concepto y a qué corresponden los pagos por \$126.617.602 a favor suyo registrados como <pagos a accionistas>.”
2. “... aclarar la razón por la cual el miembro de la Junta Directiva Oscar Romero Vargas recibió una suma cercana a \$1.000.000 de pesos, mientras otro miembro de la Junta Directiva, Alejandro Hakim Dow, su padre, recibe más de \$70.000.000, ambos pagos bajo el concepto pagos a miembros de Junta Directiva de la Sociedad.”

Carolina López fórmula también la solicitud consistente en que, de ser aportadas las preguntas, pues Jorge Hakim Tawil solicitó que hicieran parte del acta las preguntas formuladas por los apoderados de Carlos Hakim (se entiende las formuladas el 26, el 30 y el 31 de marzo de 2017 en ejercicio del derecho de inspección), sean igualmente aportados los escritos de respuesta y los documentos con los que se dio respuesta a las supuestas preguntas, particularmente aquellos que hubieran sido aportados para justificar la disparidad de pagos a los miembros de Junta Directiva.

Estas dos preguntas y estas dos peticiones de Carolina López no son respondidas ni estimadas por el Gerente, pues el apoderado de Arkata provoca unas votaciones para señalar que lo preguntando se encuentra contestado mediante el ejercicio de inspección previo a la asamblea. A manera de respuesta a la primera pregunta, el mandatario de Arkata, designado presidente de la asamblea, sometió a votación su opinión de que la manifestación del Gerente según la cual remitía su respuesta a los documentos y comprobantes examinados por los delegados de Carlos Hakim

durante el periodo de inspección, constituye una respuesta satisfactoria y que así debe declararlo la Asamblea, mediante proposición que fue aprobada por mayoría de votos, con la abstención inexplicable de Jorge Hakim Tawil (no existe ninguna prohibición legal para que el representante legal que sea socio vote su informe de gestión) y el voto negativo de Carolina López.

La segunda pregunta también fue sometida a votación por el representante de Arkata mediante una proposición, según la cual, por lo manifestado por el Gerente a las solicitudes de Carolina López, las inquietudes de esta fueron debidamente respondidas con la exhibición de libros y comprobantes que daban razón del pago, y solicita a la Asamblea que ello es suficiente para responder la solicitud de Carolina López. Se somete a votación la proposición que es aprobada nuevamente con la abstención inexplicable de Jorge Hakim Tawil y el voto negativo de Carolina López.

Ante esta situación, Carolina López fórmula otros interrogantes en un adicional y fallido intento para que la necesaria deliberación que debe estar presente en toda asamblea de accionistas tenga lugar para la consideración de las cuentas y balances del ejercicio 2014. En efecto, expresó lo siguiente al Gerente, según da cuenta el acta de la reunión:

Reiterar la “petición de que el Gerente exhiba a esta Asamblea y aporte para que haga parte del acta el documento supuestamente exhibido a Carlos Hakim que justifica la disparidad de pagos entre los miembros de la Junta Directiva, aclarando que mi representado no está pidiendo los comprobantes de pago que hacen parte de la contabilidad sino las justificaciones que no están reflejadas en ningún documento contable.

El Gerente no da respuesta alguna y el apoderado de Arkata solicita a la Asamblea que se pronuncie sobre la solicitud de que hagan parte del acta los documentos exhibidos. Esta petición es negada por la mayoría, Jorge Hakim se abstiene de votar y Carolina López vota positivamente.

Por no haber sido atendidas las solicitudes de explicación del accionista Carlos Hakim y vulnerados sus derechos, Carolina López rechaza enfáticamente los estados financieros cortados a 31 de diciembre de 2014 por las siguientes razones:

1ª Por los pagos registrados a Jorge Hakim como pagos a accionistas.

2ª Por los pagos registrados a Leticia Rocío Gnecco, que no es empleada ni presta servicios a GYPTEC S.A.

3ª Por pagos de honorarios a asesores legales, como Luis Fernando Alvarado, Juan José Rodríguez, Esguerra Barrera Arriaga, entre otros.

4ª Por las cuantiosas cuentas por pagar a GYPTEC de Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Tawil por más de \$2.000 millones de pesos, de Alejandro Hakim Dow -padre del Gerente- por \$1.700

millones de pesos como “otros” deudores y de Leticia Rocío Gnecco -viuda de Alejandro Hakim Tawil- por casi \$400 millones de pesos.

5ª Por los pagos a sociedades relacionadas como FELL LOGISTIC SAS, SAMARA TRANS ENERGY SAS, HAKIM TAWIL S EN C, COMMERCE LINK INTERNATIONAL SAS, EQUIPET SAS, COSENIT SAS.

Sometidos a votación los estados financieros, son aprobados en la Asamblea por mayoría de votos con la abstención de Jorge Hakim Tawil y el voto negativo de la representante de Carlos Hakim.

Resulta muy evidente, y así lo demuestra el contenido del acta número 20 correspondiente a la asamblea general de accionistas de Gyptec celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015, que el Gerente no contestó ninguna de las preguntas y solicitudes de explicación formuladas por Carolina López, apoderada de Carlos Hakim para representarlo en la reunión de socios. Y que, en su lugar, el representante de ARKATA, a quien dicho Gerente (Jorge Hakim) le confirió poder para representarla y simultáneamente fue encargado de presidir la Asamblea, se limitó a expresar que todo lo planteado y preguntado había sido absuelto con ocasión del ejercicio del derecho de inspección llevado a cabo días antes de la celebración de la Asamblea, pues se habían examinado los documentos o comprobantes respectivos. Esta circunstancia, además de no ser cierta según se explicó en apartes anteriores de este laudo, por la vulneración del derecho de inspección de Carlos Hakim, demuestra plenamente que no se permitió la deliberación del asambleísta disidente Carlos Hakim, ni mucho menos una real y verdadera consideración de las cuentas y balances del fin de ejercicio, pues Jorge Hakim y el representante de Arkata no las permitieron, incurriendo con tal conducta en la violación de normas de carácter imperativo (el numeral 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, tratar equitativamente a los accionistas y respetarles el derecho de inspección, el artículo 379 del Código de Comercio que en su primer numeral da al accionista el derecho de deliberar en la asamblea y votar, y aquellas como los artículos 187 y 422 del Código de Comercio y el artículo 38 de los Estatutos Sociales que disponen que la Asamblea ha de examinar y considerar los balances de fin de ejercicio) y en abuso del derecho al voto emitido por parte de los socios Arkata y Ukiah.

En efecto, repite Tribunal: de manera deliberada, consciente, reiterada e irregular se impidió el cumplimiento del deber de todo administrador de una sociedad anónima de dar respuesta y explicaciones a las preguntas e inquietudes que le formulen los socios presentes o representados en la asamblea para, en su lugar, impedir o incumplir tal deber mediante el ejercicio del voto mayoritario de otras dos compañías socias, representadas por sendos mandatarios que recibieron poder de Jorge Hakim Tawil, quien simultáneamente funge como representante legal de esas dos sociedades y de Gyptec S.A. Para este Tribunal es inexplicable y, por tanto, motivo de censura y rechazo, la conducta del Gerente de esta última y del representante de Arkata que pretendió a sus deberes como administrador, con un supuesto ejercicio del derecho de inspección por parte del socio Carlos Hakim que, como lo señaló previamente este panel arbitral, fue violado por el Gerente de GYPTEC S.A., al imponer y poner en práctica durante el mencionado ejercicio del derecho de inspección un protocolo que, en algunos apartes, contenía limitaciones que lo impidieron. De esta vulneración

quedaron varias y reiteradas constancias escritas de los apoderados de Carlos Hakim durante la visita de inspección y el desarrollo de la Asamblea.

Para el Tribunal, la conducta desarrollada por el representante legal y los apoderados de Arkata y Ukiah impidió que la Asamblea de General de Accionistas de Gyptec de 1 de abril de 2015 considerara debidamente las cuentas y balances del ejercicio 2014, con lo cual se vulneró el artículo 422 del Código de Comercio, pues por el abuso del derecho de votar de la mayoría, manifestada por los apoderados de las sociedades panameñas Arkata y Ukiah, designados por Jorge Hakim, representante legal simultáneamente de estas sociedades panameñas y de Gyptec, se impidió a Carlos Hakim ejercer el principal derecho que tiene un socio de una sociedad anónima, que es el establecido en el numeral 1. del artículo 379 del Código de Comercio que lo faculta para participar en las deliberaciones de la asamblea y votar en ella de manera informada sobre el manejo del patrimonio, recursos, gastos y, en general, del negocio de la sociedad. Realmente no hubo una debida consideración del balance en esa Asamblea, pues se le impidió deliberar al representante de Carlos Hakim al no ser respondidas sus muy pertinentes preguntas y solicitudes de explicaciones al representante legal de Gyptec. Esta violación del artículo 379 por parte del representante legal, con el concurso necesario de los representantes de Arkata y Ukiah, reviste una inusitada gravedad por haber sido antecedida en los días anteriores a la Asamblea de la ostensible violación por parte de la administración de Gyptec de otro de los derechos principales del accionista Carlos Hakim: el de inspeccionar **libremente** en los 15 días anteriores a la Asamblea de 1 de abril de 2015 los libros y papeles sociales de Gyptec, consagrado de manera reiterada en el Código de Comercio en los artículos 379, 422 y 447 del Código de Comercio y en el numeral 6. del artículo 23 y en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995.

A toda la anterior situación de violación del derecho de inspección, de impedir la deliberación mediante el abuso del derecho de votar realizado de manera muy abierta por el presidente de la Asamblea que representaba las acciones de Arkata, secundado por el representante de Ukiah, se suma el hecho de contener el balance de fin de ejercicio 2014 numerosas partidas que revelen un conflicto de intereses. En efecto, en 21 partidas del cuadro anterior que aparecen en el informe de la Junta Directiva y en las notas a los estados financieros, se advierten claramente actos de conflictos de intereses de la administración, como lo advierte el demandante en los hechos de la demanda, hechos que han sido probados en el proceso, incluso con admisiones de Jorge Hakim en la contestación de la demanda de los hechos 180, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 207, 211, 221 y 212).

El balance contiene partidas de pagos a algunos accionistas y parientes de accionistas y a sociedades en que los administradores de Gyptec son socios o administradores de tales sociedades que contravienen expresamente la norma imperativa que prohíbe los conflictos de intereses (numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995), los cuales no fueron previamente levantados por la Asamblea ni la Junta Directiva como requisito necesario e indispensable para su causación y/o contabilización en Gyptec. Al proceso no se acompañó prueba alguna que acredite el levantamiento del conflicto de intereses respecto de las señaladas partidas del balance. A este respecto, el Tribunal

destaca las respuestas contenida en la contestación de la demanda de Jorge Hakim a los hechos 201 y 202 en que se manifiesta por su apoderado que no se hizo el levantamiento de conflicto de interés por la Asamblea, ni por la Junta Directiva de Gyptec por cuanto *“en este caso no existe conflicto de interés que levantar, refiriéndose al hecho 201 sobre la existencia de sociedades relacionadas con Jorge Hakim y otros administradores a las cuales Gyptec les realiza pagos y tienen relaciones comerciales”*.

Esta circunstancia motivó necesariamente el voto negativo de Carlos Hakim a la aprobación de los estados financieros de Gyptec del ejercicio 2014 y también su resolución de impugnar la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec de 1 de abril de 2015 de aprobar los estados financieros del ejercicio 2014.

5.7. El Daño Causado con el Abuso del Derecho

De acuerdo con la regla general incluida en materia mercantil por el artículo 830 del Código de Comercio, en el sentido de que quien *“abuse de sus derechos estará obligado indemnizar los perjuicios que cause”*, se ha relacionado el abuso del derecho al tema de responsabilidad, esto es al daño y su reparación. Sin embargo, según se anotó en líneas precedentes, se han presentado desarrollos doctrinales, confirmados por nuestra Carta en el artículo 95, en el sentido de que el abuso del derecho no es sólo fuente de indemnización de perjuicios, sino que simultáneamente da lugar, como es apenas elemental para este Tribunal, a que los efectos del mismo sean removidos de la vida jurídica cuando ese tipo de conductas tienen presencia y afectan la vida cotidiana de las personas y el ejercicio de sus legítimos derechos. Como principio general del derecho que se erige en la máxima constitucional de que toda persona está obligada a *“respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”*, es diáfano que tal principio rige el comportamiento de las personas en un estado de derecho y lleva al juez que conoce del respectivo conflicto a enervar o poner fin a los efectos nocivos de la citada conducta abusiva.

En el presente caso es claro que se observan diferentes daños que se le causaron a Carlos Hakim con las distintas manifestaciones de abuso en que incurrieron Jorge Hakim como gerente de Gyptec y los accionistas mayoritarios Arkata y Ukiah por conducto de sus apoderados, cuando el primero impuso restricciones al derecho de inspección que riñen con la ley y los estatutos de la compañía, y los segundos emitieron votos en la asamblea destinados a impedir la cabal deliberación y votación informada que ordena la ley, así como a aprobar un balance que contiene partidas en claro conflicto de intereses que no fue levantado en momento alguno por la asamblea ni la junta directiva, como lo exige nuestra normatividad. En síntesis, se aprobaron unos estados financieros que incluían operaciones contrarias a la ley o cuando menos que no cumplieron con el lleno de los requisitos legales para ser causadas e incluidas en los mismos, tal como lo consideró a espacio el Tribunal precedentemente.

Para el Tribunal, Carlos Hakim sufrió daños por las señaladas conductas abusivas en aparente ejercicio de legítimos derechos, como son: el no haber podido acceder a la información que la ley le

permite obtener durante el ejercicio del derecho de inspección; el no haber recibido por parte del gerente en la asamblea las explicaciones y justificaciones sobre la administración, contenido y manejo de los negocios, del patrimonio y de los recursos sociales de Gyptec para el ejercicio del año 2014; y el privarlo de la participación que le corresponde como socio en las utilidades de esta empresa que, a no dudarlo, se vieron afectadas con cuantiosos pagos que se realizaron en conflicto de interés y vulneraron los de Gyptec y los de algunos socios a favor de otros, de miembros de junta directiva y de terceros.

Como la acción ejercida por Carlos Hakim corresponde a la de impugnación de decisiones de asamblea sin que hubiese formulada pretensión de indemnización de perjuicios, el Tribunal debe limitarse a decidir las peticiones de la demanda, pues a ellas se restringe su competencia. Ello no obsta, para que de manera somera el Tribunal señale, como en efecto lo hace, el daño irrogado con el abuso a Carlos Hakim para satisfacer el criterio de algunos sectores de la doctrina y la jurisprudencia que exigen el elemento daño para que se configure un abuso del derecho con las consecuencias que la ley establece.

5.8. Normas imperativas y estatutarias violadas que dan lugar al abuso del derecho y a la nulidad absoluta de las decisiones de la asamblea aprobatorias del Informe de Gestión y de los Estados Financieros con corte a 31 de diciembre de 2014

Normas imperativas: artículo 95 de la Constitución Nacional; artículos 187, 379, numerales 1, 2 y 4, 422, 446, 447 del Código de Comercio; artículo 43 de la Ley 1258 de 2008; y los artículos 23, 45, 46, 47 y 48 de la Ley 222 de 1995.

Disposiciones estatutarias: artículos 3, parágrafo 2º, 49, 58 y 69.

5.9. Objeto Ilícito

De conformidad con el Código Civil, *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...” (artículo 1519), el cual genera la nulidad absoluta del acto o contrato que lo contenga (artículo 1.741).*

A su turno, el Código de Comercio establece en su artículo 899 que “será nulo absolutamente el negocio jurídico cuando tenga objeto ilícito”, disposición que complementa esa misma codificación en materia societaria el artículo 104 que señala que habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obligan los asociados o la empresa, o la actividad social sean contrarias a la ley o al orden público”.

Sobre el objeto ilícito, el profesor Guillermo Ospina Fernández con especial claridad y lucidez expresó en su libro “Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, Tercera Edición” (Bogotá, Temis, 1987, p. 457 y 458), lo siguiente:

“En nuestro Código esta cuestión está claramente definida. El art. 1741, por vía general, sanciona con la nulidad absoluta el objeto ilícito, vicio este que se presenta, no solamente cuando el acto quebranta prohibiciones expresas y concretas de la ley, no sancionadas de otro modo, sino también cuando dicho acto, por sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto, atenta contra el orden público o las buenas costumbres.

“Corresponde, por tanto, al juez determinar en cada caso discrecionalmente si en el acto sub judice se configura o no un objeto ilícito, sin que para ello tenga que fundarse en una expresa prohibición legal, porque, se repite, nuestro ordenamiento positivo, conformándose a la doctrina moderna, rechazó el concepto racionalista del orden público legal e inmutable.

“Pero ya en este punto de la eficacia de la nulidad absoluta por la ilicitud del objeto, derivada de la contravención a las leyes prohibitivas, hay que advertir una vez más que el criterio general de nuestro Código al respecto es el consignado en el art. 16, que hace depender la prohibición de derogar por convenios particulares las leyes, no de cualquier clase, sino de aquellas “en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, por lo cual dichas leyes adquieren el carácter de imperativas. Así, cuando la prohibición legal está determinada por otros motivos extraños a estos conceptos, no se estructura la noción del objeto ilícito ni, por ende, opera la nulidad absoluta (...)

“Igualmente hay que recordar aquí que el art. 6°, al sentar el principio según el cual “en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, agrega “si en ella misma no se dispone otra cosa” (...).

Así las cosas, de acuerdo con las transcritas disposiciones, es diáfano que el objeto ilícito es una de las causales más importantes de invalidez de los negocios o actos jurídicos que genera la nulidad absoluta de los mismos. El objeto lícito es, pues, un elemento que debe estar siempre presente en todo negocio o actuación jurídicos habida cuenta que es requisito para su validez, y consiste en que el contenido de los mismos se ajusten a la ley y nunca contrariar el orden público y las buenas costumbres.

Son de orden público todas las normas pertenecientes al derecho público. En el campo del derecho privado y concretamente en el mercantil, tienen esa categoría las disposiciones que no son susceptibles de derogación por voluntad de las partes.

En conclusión, los actos y decisiones sociales que vulneran normas imperativas tienen objeto ilícito y, por ello, son inválidos, son absolutamente nulos. Esta hipótesis normativa tuvo realización fáctica en el caso sometido a la decisión del Tribunal en el presente proceso tal como se expuso en las consideraciones precedentes, en tanto y en cuanto que las decisiones de la asamblea que aprobaron el informe del gerente y los estados financieros, ambos íntimamente interrelacionados, vulneraron disposiciones imperativas.

Por esta razón procede la pretensión de nulidad por objeto ilícito de las citadas decisiones por lo que el Tribunal declarará así lo declarará en la parte resolutive del laudo.

5.10. Conclusión

Conclusión de todo lo previamente expuesto en este capítulo lleva al Tribunal a acceder a las seis primeras pretensiones principales (violación de normas imperativas, objeto ilícito por exceder los límites del contrato social e infringir la ley, conflicto de intereses y abusos del derecho) y a la pretensión principal séptima del Grupo 1 y del Grupo 2 de la solicitud de convocatoria, y en consecuencia a declarar la nulidad absoluta de las decisiones de la mencionada Asamblea Ordinaria de accionistas de Gyptec, en cuanto se refieren a la aprobación del Informe del Gerente y de los estados financieros del ejercicio 2014, por lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive de este laudo.

En cuanto se refiere a la nulidad absoluta de la decisión aprobatoria de los estados financieros, el Tribunal desea precisar que dicha declaración no está destinada a pronunciarse sobre la validez de los actos o negocios jurídicos realizados en conflicto de intereses. El fallo del Tribunal está exclusivamente encaminado a decidir sobre la impugnación de la decisión de aprobación de los estados financieros del ejercicio 2014 de Gyptec, adoptada en la Asamblea Ordinaria de Accionistas celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015. A eso, y exclusivamente a eso, se limitan los efectos del presente laudo.

5.11. Excepciones de Gyptec respecto de las Pretensiones de los Grupo 1 y 2

No haremos en este apartado relación ni desarrollo alguno de las excepciones formuladas por Jorge Hakim, Arkata y Ukiah contra las pretensiones de la demanda, en la medida en que el Tribunal, con fundamento en las consideraciones que expuso en el acápite correspondiente, accedió a la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por estos, por cuanto la acción ejercida por Carlos Hakim, sometida a la decisión de este panel arbitral, es la de impugnación de decisiones adoptadas en la asamblea de Gyptec, celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015, hecho que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 382 del Código General del Proceso, obligaba a que dicha acción se instaurará exclusivamente contra la mencionada sociedad y no contra sus socios. Al haber prosperado para Jorge Hakim, Arkata y Ukiah la mencionada excepción y a que el Tribunal desestime, como en efecto lo hará en la parte resolutive, todas las pretensiones que en su contra formuló Carlos Hakim como parte convocante del presente proceso, el panel arbitral queda relevado de considerar y pronunciarse sobre las restantes excepciones de mérito que estos demandados propusieron en sus contestaciones a la demanda.

Las excepciones propuestas por Gyptec para enervar las pretensiones de la demanda principal son las siguientes:

5.11.1. Eficacia y validez de las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015

Precedentemente se explicaron las razones de hecho y de derecho que llevan al Tribunal a declarar en este laudo la nulidad absoluta de las decisiones de la asamblea de Gyptec en lo referente a la aprobación del informe del gerente y de los estados financieros correspondientes al ejercicio 2014. En consecuencia, no prospera la excepción de validez referida exclusivamente a estas dos decisiones, y así se declarará en la parte resolutive del laudo.

Si bien es cierto que el fenómeno de la ineficacia no se presenta en este caso, por qué la Asamblea Ordinaria de Accionistas de Gyptec de 2015 se realizó en el lugar del domicilio social, no fue necesaria la convocatoria porque la reunión se celebró por derecho propio el 1 de abril de 2015, como ha ocurrido durante toda su existencia con las asambleas ordinarias, se respetó el quórum para deliberar pues estuvieron presentes un número plural de socios que representaron más del 99% del capital social y las decisiones impugnadas fueron tomadas por las mayorías exigidas en la Ley y en los estatutos sociales, así como que ellas cumplen con el requisito de la generalidad, esto es que obligan a todos los socios, aun a los ausentes o disidentes, no es menos cierto que algunas de las decisiones impugnadas, particularmente las de aprobar el Informe del Gerente y los estados financieros de 2014 resultan invalidas de nulidad absoluta por las consideraciones que acaban de expresarse en los párrafos anteriores (violación de norma imperativa, objeto ilícito, abuso del derecho y conflicto de intereses), como ha quedado establecido en este proceso arbitral.

Por lo anterior, no prospera la excepción en comento y así se decidirá en la parte resolutive del laudo.

5.11.2. Inexistencia absoluta de conflicto de interés en las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015

En el expediente se encuentra un importante acervo probatorio que da cuenta de que varias de las partidas incluidas en los estados financieros y el balance del ejercicio de Gyptec correspondiente al año 2014 reflejan conflictos de interés sin que nunca se haya cumplido con su levantamiento o permisión por parte de la Asamblea o de la Junta Directiva de Gyptec, circunstancia que, por vulnerar la ley, impedía la aprobación de tales estados financieros, todo lo cual fue puesto de presente en la reunión por Carlos Hakim e ignorado por los apoderados de Arkata y Ukiah en la asamblea, mandatarios que recibieron el encargo de representación de Jorge Hakim, representante legal de las compañías panameñas y de Gyptec. En las consideraciones expuestas precedentemente por el Tribunal se explica con el debido detalle la razón del conflicto de intereses con la identificación del concepto y cuantía de cada una de esas partidas, respaldado en los dictámenes periciales que obran como prueba en el expediente. Por estos motivos no prospera la excepción y así se expresará en la parte resolutive del laudo arbitral.

5.11.3. Inexistencia de abuso del derecho al voto en las decisiones adoptadas por la asamblea de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015

La conducta desplegada por el administrador Jorge Hakim para reglamentar unilateralmente y violar la normatividad que le es propia al ejercicio del derecho de inspección de los accionistas de toda sociedad anónima, para luego abstenerse de dar respuesta y explicaciones a las justificadas y razonables inquietudes del socio Carlos Hakim planteadas insistentemente en la Asamblea Ordinaria de Accionistas de Gyptec, comportamiento censurable a los ojos del panel arbitral que fue respaldado por los representantes de los accionistas mayoritarios Arkata y Ukiyah mediante el ejercicio abusivo del derecho al voto lleva al Tribunal a desestimar esta excepción, de conformidad con las consideraciones que hizo en este capítulo destinado a estudiar las pretensiones formuladas para enervar las decisiones aprobatorias del informe del gerente y de los estados financieros. Del fracaso de la excepción se dejará constancia en la parte resolutive del laudo.

5.11.4. Caducidad e inaplicabilidad de la acción

La demanda de impugnación de decisiones de la Asamblea Ordinaria de Accionistas de Gyptec, contenidas en el Acta No. 20 de 1 de abril de 2015, fue presentada al Centro de Arbitraje y Conciliación el 29 de mayo de 2015. Como la acción de impugnación fue presentada oportunamente, esto es dentro del término de los dos meses siguientes a la celebración de la Asamblea, conforme lo señalan los artículos 191 del Código de Comercio y 382 del Código General del Proceso, es diáfano que ninguno de los dos fenómenos extintivos, la caducidad y la prescripción, se cumplieron en el presente asunto, por lo que esta excepción no prospera y así expresará en la parte resolutive del laudo.

5.11.5. Abuso del derecho del socio minoritario y Carlos Hakim no ha realizado ningún aporte de capital en Gyptec

Trataremos conjuntamente estas dos excepciones por la relación que tienen. De los interrogatorios practicados a Jorge Hakim y Carlos Hakim, de la Promesa de compraventa de acciones suscrita por Jorge Hakim y Carlos Hakim, del laudo arbitral que, de oficio, anuló la Promesa de compraventa de acciones y de otras pruebas que reposan en el expediente, hay suficiente evidencia de pagos de Carlos Hakim para negocios familiares, sea cual fuere su naturaleza jurídica, cuya existencia ha reconocido Jorge Hakim. Ese es el origen, junto con la compra de un lote en donde se instaló la fábrica de Gyptec que tuvo posterior y rápidamente una enorme valorización, del conflicto familiar que ha llevado a la recíproca interposición de varias acciones legales que fueron relacionadas por las partes en sus alegatos de conclusión a Carlos, entre ellas la impugnación de las decisiones sociales de la Asamblea que ocupa a este Tribunal. Un hecho probado e indiscutido es la calidad de accionista de Carlos Hakim en Gyptec, como también la vinculación de Carlos Hakim a Gyptec después de su constitución. Él es propietario de 10 acciones y, en alguna ocasión, fue miembro de su Junta Directiva. También en varias Asambleas de Accionistas de Gyptec como accionista que es de la empresa. Sea como fuere el medio de adquisición por parte de Carlos Hakim de sus 10

acciones de Gyptec (aporte, suscripción, compra, permuta, etc.) es un asunto ajeno a este proceso, donde precisamente los demandados Arkata y Ukiah han presentado demandas de reconvención para que se declare la titularidad de éstas 10 acciones de Gyptec en cabeza de Carlos Hakim. Por lo tanto, el que Carlos Hakim pretenda que se respeten y cumplan sus derechos como accionista de Gyptec es una prerrogativa que le concede la ley y mal puede calificarse o constituir un abuso del derecho de socio minoritario. es más: en el presente proceso arbitral no existen pruebas que den cuenta de un abuso del derecho por parte de Carlos Hakim como socio minoritario.

Por lo tanto, también se niegan estas dos excepciones de lo cual se dejará constancia en la parte resolutive del laudo.

5.11.6. La genérica

No encuentra el Tribunal que se hayan probado hechos en este proceso que enerven la prosperidad de las pretensiones de la demanda que serán acogidas.

5.12. Aprobación del Informe del Revisor Fiscal

Las diversas pretensiones de Carlos Hakim contenidas en el Grupo 3 del capítulo destinado a su formulación en la solicitud de convocatoria del presente proceso arbitral apuntan a que, por las varias causales y figuras enunciadas en ella como principales y subsidiarias (contravención de norma imperativa, objeto ilícito, conflicto de intereses, abusos del derecho, nulidad absoluta o relativa, ineficacia e inoponibilidad), se deje sin efecto, validez u oponibilidad la decisión de aprobación del informe del Revisor Fiscal, supuestamente adoptada en la Asamblea Ordinaria de Gyptec, celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015 en la ciudad Bogotá.

Sobre este particular el Tribunal debe expresar, de manera muy breve, que le asiste plena razón a la parte convocada en su alegato de conclusión cuando expresa la forzosa improsperidad de una cualquiera de las mencionadas pretensiones, por cuanto la Asamblea de Gyptec nada aprobó en relación con el informe rendido por el Revisor Fiscal (punto “V. *Presentación del Informe del Revisor Fiscal*” del orden del día de la mencionada Asamblea), de suerte que, por sustracción de materia, nada puede decidirse sobre una inexistente decisión, y mucho menos declarar su invalidez, circunstancia que obliga al Tribunal a desestimar lo pretendido por Carlos Hakim sobre este específico punto y así lo expresará en la parte resolutive de este laudo arbitral, junto con la prosperidad de la excepción genérica propuesta por la parte convocada, por cuanto el Tribunal ha advertido que no hubo aprobación del informe del Revisor Fiscal en la mencionada Asamblea, quedando relevado el Tribunal de pronunciarse sobre las restantes, tal como lo dispone el Código General del Proceso.

5.13. Elección de Junta Directiva y Revisor Fiscal

El Tribunal asumirá a continuación el estudio, de manera conjunta, de las pretensiones principales de la demanda arbitral sobre la nulidad absoluta de la elección de la Junta Directiva (Grupo 3 de pretensiones) y del Revisor Fiscal (Grupo 4 de pretensiones) efectuada por la Asamblea Ordinaria de accionistas de Gyptec, celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015, por estimar el Convocante que tales designaciones fueron adoptadas en contravención de norma imperativa, que se encuentran viciadas de objeto ilícito y que su aprobación se efectuó en conflicto de intereses y abusando de “supuesto derecho”, “supuesto derecho de los accionistas” y “supuesto derecho al voto de los accionistas”. Posteriormente, el panel arbitral se referirá, también de manera conjunta, a las pretensiones subsidiarias.

Para decidir, el Tribunal hace las siguientes consideraciones comunes sobre la elección de revisor fiscal y miembros de junta directiva:

1. Las personas jurídicas expresan su voluntad por medio de sus órganos entre los cuales está la asamblea general conformada por *“aquellas personas física o pluralidad de estas a las que la ley faculta para decidir sobre asuntos sociales manifestando la voluntad de la sociedad (...)”*¹⁰⁴.
2. De manera que las determinaciones de la asamblea de accionistas, no son expresión de la voluntad particular de los asociados, son la voluntad colectiva de cada uno de ellos.
3. Al decir del profesor Narváez *“(…) La voluntad de ella [la asamblea] es propia y diferente de quienes la forman. Y una vez conformada y expresada esa voluntad con arreglo a la ley, su valor jurídico es igual que el reconocido a la voluntad de las personas físicas”*¹⁰⁵. O sea que *“en la deliberación de la asamblea se expresa la voluntad social”*¹⁰⁶.
4. Esa voluntad social se forma con la concurrencia de la voluntad de todos los socios a través del mecanismo de las mayorías. *“En virtud de la aplicación de la llamada democracia societaria se configura entonces el interés colectivo y se adoptan las decisiones generales más importantes de la sociedad”*¹⁰⁷.
5. Este principio de las mayorías que resuelve los mecanismos para adoptar la voluntad social se reglamenta a través del querer *“de los más”* (decisión mayoritaria), *“(…) criterio que se estima razonable de organización de los intereses dispares y, en cada caso encontrados de los socios. Adoptar fórmulas que permitieran una decisiva intervención minoritaria abriría la posibilidad de vetos injustificados e incompatibles con la gestión de la empresa comercial. Los acuerdos por mayoría*

¹⁰⁴ Joaquín Garrigues y Uría Rodrigo, Comentario de la ley de sociedades anónimas, Tomo 1, página 559

¹⁰⁵ Narváez García José I. Teoría General de las Sociedades, página 209.

¹⁰⁶ Ascarelli Tulio. Principios y problemas de la sociedad sociedades anónimas. México imprenta Universitaria 1951, página 60.

¹⁰⁷ Corte Constitucional sentencia SE 707 de 2005.

*significan simplemente una solución dialéctica en el proceso de formación de la voluntad corporativa*¹⁰⁸.”

6. De conformidad con el numeral cuarto del artículo 187 del Código de Comercio, corresponde a la asamblea de una sociedad anónima “Hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes”, entre las cuales está precisamente la elección del revisor fiscal y de los miembros de la junta directiva como expresamente lo contemplan los estatutos de Gyptec.

7. El artículo 188 del Código de Comercio es perentorio y diáfano en establecer que la decisión adoptada con el número de votos previsto en los estatutos y las leyes obligarán a todos los socios, aún a los ausentes o disidentes, siempre que sean de carácter general y se ajusten a la ley y a los estatutos de suerte que la elección que hizo la asamblea de la junta directiva y del revisor fiscal cumplió a cabalidad con el quórum decisorio, pues fue aprobada por un número plural de accionistas que representaron un porcentaje superior al noventa y nueve por ciento (99%) de las acciones suscritas y pagadas de Gyptec.

8. Así las cosas, el Tribunal no encuentra de recibo ninguna de las seis (6) primeras pretensiones principales ni la consecuencial de nulidad absoluta formulada como séptima principal, tanto del Grupo 3 de pretensiones (elección de Junta Directiva), cuanto del Grupo 4 de pretensiones (elección de Revisor Fiscal); ni tampoco las cuatro pretensiones subsidiarias a la pretensión séptima principal de los mencionados Grupos 3 y Grupos 4 de pretensiones formuladas por la parte convocante, para lo cual se permite expresar las siguientes consideraciones:

a. Violación de norma imperativa

Lo que ocurrió en la asamblea fue precisamente lo contrario, según acaba de expresarse. La elección de junta directiva y del revisor fiscal se hizo por parte de la Asamblea en un diáfano e incontrovertible ejercicio de votación mayoritaria y con fundamento en una función que le es propia y fue parte del orden del día aprobado en la reunión de socios. No se entiende, pues, que se invoque la violación de norma imperativa, cuando la elección mencionada se hizo, precisamente, con pleno respaldo en la normatividad legal y contractual que constituye el marco regulatorio de Gyptec S.A.

b. Objeto ilícito

Sea lo primero expresar a este respecto que, de conformidad con el artículo 1519 del Código Civil “*Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación*”.

Sobre el objeto ilícito conviene citar, por su claridad, al profesor Guillermo Ospina Fernández, quien con su acostumbrada lucidez expresó hace varias décadas:

¹⁰⁸ Rubio Jesús, Curso de derecho de Sociedades Anónimas, página 204.

“En nuestro Código esta cuestión está claramente definida. El art. 1741, por vía general, sanciona con la nulidad absoluta el objeto ilícito, vicio este que se presenta, no solamente cuando el acto quebranta prohibiciones expresas y concretas de la ley, no sancionadas de otro modo, sino también cuando dicho acto, por sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto, atenta contra el orden público o las buenas costumbres.

“Corresponde, por tanto, al juez determinar en cada caso discrecionalmente si en el acto sub judice se configura o no un objeto ilícito, sin que para ello tenga que fundarse en una expresa prohibición legal, porque, se repite, nuestro ordenamiento positivo, conformándose a la doctrina moderna, rechazó el concepto racionalista del orden público legal e inmutable.

“Pero ya en este punto de la eficacia de la nulidad absoluta por la ilicitud del objeto, derivada de la contravención a las leyes prohibitivas, hay que advertir una vez más que el criterio general de nuestro Código al respecto es el consignado en el art. 16, que hace depender la prohibición de derogar por convenios particulares las leyes, no de cualquier clase, sino de aquellas “en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, por lo cual dichas leyes adquieren el carácter de imperativas. Así, cuando la prohibición legal está determinada por otros motivos extraños a estos conceptos, no se estructura la noción del objeto ilícito ni, por ende, opera la nulidad absoluta.”¹⁰⁹.

Similar consideración a la que hizo el Tribunal en apartado a. inmediatamente anterior, ha de afirmarse sobre la pretensión de objeto ilícito, que no tiene asidero fáctico o jurídico alguno. ¿Cómo puede predicarse un vicio de tal naturaleza en la elección de una junta directiva y de un revisor fiscal cuando la propia ley y los estatutos de la compañía Gyptec demandan de la asamblea el pronunciamiento por votación mayoritaria de distintas “funciones generales”, entre ellas, según se anotó, “hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos y las leyes”? La negativa a esta respuesta es contundente, y así la expresa el Tribunal.

Por lo expuesto brevemente en este acápite, el panel arbitral no encuentra de recibo la pretensión materia de estudio por lo que la denegará en la parte resolutive del laudo.

c. Conflicto de intereses

Tampoco observa el Tribunal conflicto de interés alguno con ocasión de la designación que hizo la Asamblea de la Junta Directiva y del Revisor Fiscal de Gyptec. Se reitera que ella se efectuó en ejercicio del voto, uno de los principales derechos con que cuenta todo accionista de una sociedad anónima y en el cual se fundamenta la premisa de que las decisiones adoptadas con sujeción a la ley y a los estatutos tienen pleno vigor para todos los socios, incluidos los ausentes y disidentes. Ya

¹⁰⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO – OSPINA ACOSTA, EDUARDO, Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, Tercera Edición. – Bogotá, Temis, 1987, pág. 457

se dijo que es función de la asamblea efectuar tales nombramientos y así lo hizo legítimamente con una votación apreciable que superó el quórum decisorio.

Conclusión de lo expuesto en el párrafo anterior consiste en que el Tribunal no ve conflicto de interés alguno en la decisión de la Asamblea objeto de análisis, por lo que desestimará la pretensión respectiva en la parte resolutive del laudo.

d. Abuso del derecho

Consecuente con todo lo dicho precedentemente, el Tribunal considera que mal puede calificarse de abusiva la designación, por una gran mayoría, de la Junta Directiva y del Revisor Fiscal en la Asamblea Ordinaria de Gyptec, celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015. Y mal puede aseverarse, como erradamente lo hace la parte convocante, la existencia de un abuso del derecho cuando, en desarrollo del orden del día aprobado para esa reunión de socios, se ejerció la correspondiente función a cargo de esta: elegir, como en efecto lo hizo, a los directores y al revisor fiscal de Gyptec. La votación correspondiente que se tradujo en su designación cumplió con el estatuto legal y estatutario, por lo que este panel arbitral la considera plenamente legítima y válida.

En consecuencia, la pretensión de abuso del derecho no prospera y así habrá de decidirse en la parte resolutive del presente laudo arbitral.

9. Por razones obvias, tampoco prosperará la pretensión consecuencial de nulidad absoluta de los citados nombramientos. El Tribunal reitera que no se ha demostrado causal alguna de invalidez que lo lleve a declarar viciado el nombramiento de la junta directiva y del revisor fiscal adoptado legítimamente por amplia mayoría de votos en la asamblea de Gyptec. El fracaso de esta pretensión se hará constar en la parte resolutive del laudo.

10. Pretensiones subsidiarias

a. Ineficacia

Sea lo primero mencionar que el artículo 897 del Código de Comercio señala que *“Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*.

Según ZANNONI, *“(…) Un acto puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada relación jurídica, o porque, aun cuando ha configurado esa relación idóneamente, ésta deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a los sujetos a concluir el negocio.”*¹¹⁰

¹¹⁰ ZANNONI, EDUARDO A., Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos –Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, pág. 125.

A la luz de nuestra normatividad, la figura de la ineficacia solamente resulta de una consagración legal que la tipifique. Sin ley que la consagre de manera expresa, no puede predicarse la ineficacia total o parcial de un determinado acto o negocio jurídico. Por ello, para efecto del caso ocupa la atención de tribunal, resulta forzoso, en materia societaria, acudir al artículo 190 del Código de Comercio que establece que serán ineficaces *“las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186”* a cuyo tenor

“Las reuniones se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocatoria y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429.”

Como de manera subsidiaria se predica por el convocante la ineficacia de las decisiones de la asamblea sobre la elección de Junta Directiva y Revisor Fiscal, entre otras que no son objeto de estudio en este aparte, es necesario establecer en el laudo lo que se encuentra probado en el expediente para determinar si procede o no la pretensión objeto de estudio. Es claro para el Tribunal que se encuentran plenamente acreditados los siguientes hechos, como ya se planteó en aparte anteriores de este Laudo, pero que se reitera ahora para claridad de este punto:

a-1) Que la asamblea se realizó en el lugar del domicilio social de Gyptec, cuya dirección se encuentra inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio.

a-2) Que no hubo convocatoria, por cuanto la asamblea se llevó a cabo por derecho propio el 1 de abril de 2015, tal como lo señala la ley y en un todo ajustado a ella .

a-3) Que en la asamblea estuvo presente o representado un número plural de socios que superó el noventa y nueve por ciento (99%) de las acciones suscritas y pagadas en que se divide el capital de Gyptec.

a-4) Que la elección de la Junta Directiva y del Revisor Fiscal se produjo con el voto favorable de un número plural de socios superior al noventa y nueve por ciento (99%) de las acciones suscritas y pagadas en que se divide es capital de Gyptec.

Así las cosas, no le asiste razón a Carlos Hakim en su alegada ineficacia de las elecciones de miembros de Junta Directiva y del Revisor Fiscal, por cuanto los elementos de la misma no se dan en el presente caso, según se ha comprobado, por lo que se declara impróspera la pretensión subsidiaria de ineficacia y así se dejará constancia en la parte resolutive de la presente decisión arbitral.

b. Nulidad relativa.

Esta pretensión subsidiaria se formuló por el convocante sin ninguna precisión o desarrollo. Sin mencionar siquiera la causal que daría lugar a la invalidez de las decisiones sobre nombramientos de miembros de la Junta Directiva y del Revisor Fiscal adoptado en la Asamblea de Gyptec, celebrada el 1 de abril de 2015, se pretende la declaración de nulidad relativa, omisión que sería suficiente para rechazar el *petitum* respectivo

Sin embargo, la labor interpretativa de la demanda que corresponde al Tribunal, lo lleva a considerar que el convocante sustenta la petición de nulidad relativa con su afirmación sobre la indebida, ilegal, inválida o irregular representación de los socios mayoritarios Arkata y Ukiah, a la luz de la argumentación expresada sobre el particular por Carlos Hakim en la solicitud de convocatoria.

Ya tuvo ocasión el Tribunal de referirse a este punto sobre el cual es diáfano que carece de competencia sobre la validez y eficacia de la representación de Jorge Hakim de esas compañías, porque fueron creadas e incorporadas en Panamá, donde tienen su domicilio. En consecuencia, ellas están sujetas a la ley y jurisdicción panameñas, lo cual sustrae a este Tribunal del conocimiento de cualquier conflicto que se suscite o pueda suscitarse en torno a la representación de Arkata y Ukiah.

Sobre este particular resulta suficiente insistir en que obra en el expediente el certificado de existencia representación de Arkata y Ukiah, expedido por la autoridad panameña encargada del registro público en esta materia, el cual acredita que Jorge Hakim funge como presidente y secretario de tales sociedades, y en tal calidad ostenta su representación legal, de suerte que los mandatos que confirió a sus abogados para que representaran esas compañías en la asamblea general de accionistas de Gyptec cumplen con las formalidades de ley, lo cual obliga a respetarlos y a darles pleno vigor, en tanto y en cuanto no existe prueba en contrario en el proceso.

d. Inoponibilidad

El mismo artículo 190 del Código de Comercio establece que son inoponibles a los socios ausentes o disidentes las decisiones tomadas en una reunión de socios que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188 de la misma codificación.

Tampoco precisó el actor en su demanda la razón de la inoponibilidad, grave omisión de forma y de fondo. Sin embargo, dejándola de lado, es preciso anotar que el Tribunal no observa prueba alguna que le reste generalidad a la decisión de elección de la Junta Directiva y del Revisor Fiscal que adoptó la asamblea de Gyptec, la cual se hizo con estricta sujeción a la ley y a los estatutos y fue adoptada por una votación superior al 99% de los votos emitidos por los socios presentes y representados en la reunión, por lo que la pretensión objeto de análisis está llamada al fracaso y así se declarará en la parte resolutive de laudo.

Conclusión adicional a las ya expuestas precedentemente en este acápite sobre la improsperidad de las pretensiones formuladas por Carlos Hakim para enervar la elección de la Junta Directiva y del Revisor Fiscal de Gyptec por parte de su asamblea de accionistas, compete al Tribunal determinar las excepciones de la sociedad convocada que prosperan, referidas exclusivamente, desde luego, a esta específica materia, o sea la elección de Junta Directiva y Revisor Fiscal. Tales excepciones son: *“Eficacia y validez de las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015”*; *“Inexistencia absoluta de conflicto de interés en las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015”*; e *“Inexistencia de abuso del derecho al voto en las decisiones adoptadas por la asamblea de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015”*.

5.14. Pretensión Consecuencial, cancelación inscripción en el registro mercantil

Pretende Carlos Hakim que el Tribunal ordene la cancelación de la inscripción del Acta No. 20 en el Registro Mercantil, en el evento en que prospere una cualquiera de las pretensiones formuladas en su solicitud de convocatoria.

A este respecto debe anotarse que las decisiones del Tribunal que declaran prósperas las pretensiones relativas a la aprobación del informe de gestión y de los estados financieros no están sujetas a inscripción en el registro mercantil por lo que se declara que está llamada al fracaso la pretensión formulada en este sentido y así se declarará en la parte resolutive del laudo. En consecuencia, se accede a la excepción genérica planteada por la parte convocada, de lo cual también se dejará constancia en la citada resolución del presente fallo.

5.15. Pretensión de extensión de efectos a Carlos Hakim Daccach

Solicita la parte convocante *“que en el evento en que el Tribunal Arbitral encuentre probados los hechos de esta demanda, o algunos de ellos, frente a todos los Demandados, o alguno de ellos, solicito que se hagan extensivas los efectos de todas las pretensiones, en lo que el Tribunal Arbitral considere pertinente, frente a Carlos Hakim Daccach, como accionistas de GYPTEC S.A.”*.

Para el panel arbitral esta pretensión resulta un tanto incomprensible, y carente de objeto. Su planteamiento, además, no es de recibo en el proceso arbitral. Es diáfano que la acción ejercida que es la mencionada en el artículo 191 del Código de Comercio (impugnación de decisiones) y en el artículo 382 del Código General del Proceso (impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios), a no dudarlo, limita la competencia del Tribunal pues se trata de la impugnación de decisiones adoptadas por la Asamblea Ordinaria de Accionistas de la sociedad convocada, celebrada por derecho propio el 1 de abril de 2015. A eso se limita y restringe la competencia del panel arbitral y los efectos consecuencias de su decisión sobre las pretensiones.

Por tanto, dejar al arbitrio del Tribunal la extensión de los efectos de las pretensiones en consideración a los hechos que resulten probados en el proceso frente a todos los demandados, está claramente vedado por la ley,.

Pero, es más: ya se decidió previamente la falta de legitimación por pasiva de los demandados Jorge Hakim, Arkata y Ukiah, por manera que los efectos del presente laudo se restringen, se limitan, a lo expresamente decidido en relación con la impugnación de las decisiones de la asamblea y, como es obvio, exclusivamente frente a Gyptec, porque la acción ejercida debe instaurarse, de acuerdo con lo expresamente previsto por el Código General del Proceso, contra la entidad de que se trate, pues su máximo órgano, la asamblea, fue la que adoptó las decisiones objeto de censura.

Así las cosas, la pretensión está llamada fracaso y así se expresará en la parte resolutive del laudo, por lo que igualmente se dejará constancia de la prosperidad de la excepción genérica propuesta por la parte convocada en la contestación de la demanda.

6. LAS DEMANDAS DE RECONVENCIÓN EN CONTRA DE CARLOS HAKIM DACCACH Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS

Como se indicó en los antecedentes del presente laudo, las sociedades Arkata y Ukiah formularon demandas de reconvención en contra de Carlos Hakim – de idénticos textos – para:

***“PRIMERO:** Que se declare que el convocado mediante la presente demanda de reconvención, esto es, el señor CARLOS HAKIM DACCACH, es propietario de 10 acciones de GYPTEC S.A., las cuales representan el 0,001883% de la composición accionaria de la aludida sociedad.*

***SEGUNDO:** Que se condene al convocado mediante la presente demanda de reconvención, esto es, al señor CARLOS HAKIM DACCACH, a pagar las costas y agencias de derecho del proceso.”¹¹¹*

La declaración pretendida por las sociedades panameñas va dirigida a que se establezca cuál es la participación directa de Carlos Hakim en el capital de Gyptec, determinada por el número de acciones de que es titular y el porcentaje de dichas acciones en el capital suscrito y pagado; esta definición, como es claro, es ajena a la participación que Carlos Hakim pudiera tener en las sociedades panameñas ARKATA y UKIAH, que son titulares del 51,539492% y 48,454859% del capital de Gyptec, respectivamente, según lo señalan las dos demandas de reconvención de la sociedades panameños en el Hecho 3. Estas dos sociedades panameñas son las accionistas mayoritarias de Gyptec al poseer conjuntamente el 99,99% de las acciones.

¹¹¹ Folios 59 y 91 del Cuaderno Principal número 2.

La competencia de este Tribunal está enmarcada por el pacto arbitral celebrado contenido en los estatutos sociales de Gyptec que únicamente faculta al Tribunal a resolver *“las diferencias que ocurran entre los accionistas o entre estos y la sociedad, o los representantes de un socio fallecido, durante la sociedad o en el tiempo de su disolución, cuando no puedan ser directamente resueltas por ellos”*, bajo en el entendido que dicha sociedad es Gyptec en cuyos estatutos aparece estipulada la cláusula compromisoria.

Bajo ese marco habilitante el Tribunal habrá de resolver las pretensiones sometidas a su decisión por Arkata y Ukiah quienes en ejercicio de su derecho de defensa frente a la demanda arbitral de Carlos Hakim, a más de contestarla y proponer excepciones optaron también por presentar sendas demandas de reconvención. Por lo tanto, el Tribunal se abstendrá de cualquier pronunciamiento sobre la titularidad de Carlos Hakim en las sociedades panameñas mencionadas, habida cuenta de la falta de competencia que tiene para involucrarse en controversias ajenas a la impugnación de las decisiones de la Asamblea General de Accionistas de Gyptec celebrada el 1 de abril de 2015, aun cuando podría tener importantes efectos en las decisiones del Tribunal.

En consideración a lo antes dicho, nada de lo que este Tribunal resuelva sobre la titularidad de acciones de Carlos Hakim en Gyptec puede tener efecto, o considerarse decisivo o resolutorio respecto alegada participación que Carlos Hakim alega en su favor en las dos sociedades panameñas, Arkata y Ukiah, pues, se insiste, este Tribunal carece de competencia para dicho pronunciamiento y, además, el objeto de las pretensiones de la solicitud de convocatoria principal están limitadas a la impugnación de decisiones adoptadas en la asamblea de Gyptec celebrada el 1 de abril de 2015. Tal definición tampoco corresponde a lo que fue planteado en las pretensiones de las Demandantes en Reconversión y en los hechos en que fueron sustentadas.

Por lo anterior, el Tribunal denegará las siguientes excepciones del Demandado en Reconversión Carlosd Hakim propuestas en sus contestaciones a las demandas de reconvención presentadas por ARKATA y UKIAH en cuanto se encuentran fundados y tienen asidero en la titularidad del 33,33% acciones de Arkata y Ukiah por parte de Carlos Hakim, a saber: *“1. Excepción de cosa juzgada; 2. Falta de Competencia del Tribunal Arbitral, 3. Carlos Hakim Daccach es accionista directo e indirecto de Gyptec, 4. Jorge Hakim Tawil a través de la Demandante de Reconversión está actuando en contra de sus propios actos y 5. Indebida representación de las sociedades Arkata y Ukiah y falta de legitimación por activa de éstas; 9. Excepción de ausencia de causa de las pretensiones de la demanda; 10 .Excepción de falta de legitimación por activa y 11. Excepción de falta de legitimación por pasiva.”*

A través de todas esas excepciones pretende Carlos Hakim que este Tribunal se pronuncie sobre la cantidad de acciones que alega tener en las sociedades panameñas para que, por cuenta de ello, el Tribunal reconozca lo que en sus diversos escritos esa parte ha denominado participación indirecta en el capital de Gyptec, o, se refiera a la validez de las decisiones que al interior de esa sociedad se han tomado para la designación de sus administradores. La gran mayoría se fundamentan en la cosa juzgada que constituye el laudo del Tribunal de Arbitraje que declaró la nulidad de la promesa

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

de compraventa y las restantes en lo que el Demandado en Reconvención entiende es una designación ilegítima de Jorge Hakim Tawil como representante legal de esas compañías.

A riesgo de ser repetitivo este Tribunal debe señalar nuevamente que tales asuntos desbordan su competencia limitada a resolver controversias entre los accionistas de Gyptec y entre ellos, pero por causa o con origen en el contrato social de esta compañía; no del contrato social del cual surjan las sociedades que participan en el capital suscrito y pagado. De la misma manera, este Tribunal debe sujetarse a lo que fue planteado en el texto de las mutuas demandas que enmarca el contenido de sus peticiones y que se refiere tanto en pretensiones como en hechos a la titularidad de Carlos Hakim de acciones de la sociedad Gyptec y al infundado reclamo de su parte de ser titular del 33% de acciones de esta sociedad; no de las sociedades panameñas, sino de Gyptec.

Precisado lo anterior pasa el Tribunal a analizar la pretensión de las dos sociedades panameñas que está orientada a que se declare que Carlos Hakim es propietario de 10 acciones de Gyptec, las cuales representan el 0,001883% de la composición accionaria de la aludida sociedad. Como Hecho 3 en reconvención se expresa que fundamento de su petición la composición accionaria de Gyptec está conformada actualmente de la siguiente manera:

ACCIONISTA	No. DE ACCIONES	PORCENTAJE ACCIONARIO	VALOR NOMINAL
Alejandro Hakim Tawil	10	0.001883%	\$ 10,000.00
Jorge Hakim Tawil	10	0.001883%	\$ 10,000.00
Carlos Hakim Daccach	10	0.001883%	\$ 10,000.00
Ukiah International Corp	257,289	48.454859%	\$ 257,289,000.00
Arkata Investment Inc	273,668	51.539492%	\$ 273,668,000.00
TOTAL	530,987	100.00%	\$ 530,987,000.00"

Frente a este hecho, señaló el Demandado en Reconvención en sus dos contestaciones a las demandas de reconvención que *"Este numeral incluye afirmaciones indeterminadas que no pueden contestarse, tales como las "diversas negociaciones entre accionistas y capitalizaciones". "Frente a la composición accionaria, reitero que Carlos Hakim Daccach es propietario del 33.3% de las acciones en las sociedades panameñas Arkata y Ukiah, tal y como consta en el Laudo Arbitral"*; es decir, no negó ni que esa fuera la actual composición accionaria de la compañía, ni que él fuera titular de las 10 acciones que allí aparecen señaladas como de su propiedad.

De otra parte, al formular sus excepciones, en la que denominó, "3. Carlos Hakim Daccach es accionista directo e indirecto de Gyptec" señaló: *"Afirmar que Carlos Hakim Daccach es propietario únicamente de 10 acciones de Gyptec, que representan el 0,001883% de la composición accionaria de esta sociedad desconoce la realidad. Carlos Hakim Daccach **también** es propietario del 33.3% de las acciones en Arkata y Ukiah y, en consecuencia, del 33.3% de la participación de dichas sociedades en Gyptec."* (el resaltado no es del texto original). De allí se concluye que para el

Demandado en Reconvención no hay duda ninguna sobre su titularidad de 10 acciones de Gyptec; indicó que “*también es propietario*” refiriéndose a dichas 10 acciones, es decir, es propietario de las 10 acciones.

En este punto señala el Tribunal que la pretensión de las sociedades panameñas no está orientada a que la declaración de titularidad tenga ninguna clase de restricción o aclaración respecto de otras acciones de la misma sociedad o de otras acciones de otras sociedades, inclusive si estas son accionistas de Gyptec, es decir, en ningún aparte de la pretensión se pide que este Tribunal declare que Carlos Hakim es propietario de 10 acciones de Gyptec pero no de otras acciones de otras sociedades, o, que no lo es respecto de otra cantidad de acciones de Gyptec; la pretensión es puramente declarativa en un solo sentido; sin condicionamientos, salvedades o aclaraciones que justifiquen que este Tribunal deba hacer valoraciones adicionales a las que a continuación se mencionan. En el último hecho alegado, indican las Demandantes en Reconvención que Carlos Hakim “*en diversas oportunidades y antes diferentes autoridades ha manifestado, sin ningún tipo de sustento, que es propietario del 33% de las acciones de GYPTEC S.A.*”. Sin embargo, no existe ninguna referencia a este hecho en las pretensiones que hubiese podido presentarse bajo la petición de declarar que el Demandado en Reconvención únicamente es el titular de 10 acciones de Gyptec, o que no es, ni ha sido titular de acciones que representen el 33% del capital suscrito y pagado de dicha compañía.

Así las cosas, para resolver la petición de las Demandantes en Reconvención, el Tribunal tendrá presente las siguientes consideraciones:

El numeral 7 del artículo 28 del Código de Comercio¹¹² dispone deberán inscribirse en el registro mercantil “*Los libros de contabilidad, **los de registro de accionistas**, los de actas de asambleas y juntas de socios, así como los de juntas directivas de sociedades mercantiles*”. (el resaltado no es del texto original).

El artículo 195 del Código de Comercio establece lo siguiente: “*La sociedad llevará un libro, debidamente registrado, en el que se anotarán por orden cronológico las actas de las reuniones de la asamblea o de la junta de socios. Estas serán firmadas por el presidente o quien haga sus veces y el secretario de la asamblea o de la junta de socios. **Asimismo las sociedades por acciones tendrán un libro debidamente registrado para inscribir las acciones; en él anotarán también los títulos expedidos, con indicación de su número y fecha de inscripción; la enajenación o traspaso de acciones, embargos y demandas judiciales que se relacionen con ellas, las prendas y demás gravámenes o limitaciones de dominio, si fueren nominativas.***” (el resaltado no es del texto original)

El artículo 375 del mismo Código previene lo siguiente: “*El capital de la sociedad anónima se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables.*”

¹¹² Modificado por el artículo 175 del Decreto Nacional 019 de 2012.

Por su parte, el artículo 377 de la citada Codificación regula que las acciones podrán ser nominativas¹¹³.

A su vez, el artículo 399 del Código de Comercio dispone que *“a todo suscriptor de acciones deberá expedírsele por la sociedad el título o títulos que justifiquen su calidad de tal.”*

Y finalmente, el artículo 410 del mismo Código regula que *“la enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; mas para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo. Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente. PARÁGRAFO. En las ventas forzadas y en las adjudicaciones judiciales de acciones nominativas, el registro se hará mediante exhibición del original o de copia auténtica de los documentos pertinentes.”*

De las anteriores normas se colige que la condición de accionista de una sociedad se acredita con la inscripción como tal en el libro de registro de accionistas de la misma. En efecto, a dicha conclusión arribó la Superintendencia de Sociedades en el siguiente concepto:

“(…)

*“De otra parte, y en el entendido que los conceptos que emite esta Entidad, con ocasión de las consultas que le son formuladas, no tienen efectos frente a ningún caso en particular, según se prevé por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, **es de mencionar que en nuestro ordenamiento mercantil, la calidad de accionista se acredita a través de la inscripción en el libro correspondiente que se encuentre registrado ante la Cámara de Comercio del domicilio social,** según se deduce de lo dispuesto por el artículo 406 del Código de Comercio, el cual señala:*

“Artículo 406: “La enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; mas para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo... (...)”¹¹⁴ (el resaltado no es del texto original).

También la Corte Suprema de Justicia se ha referido a este tópico de la siguiente manera:

¹¹³ En cuanto a las acciones al portador debe entenderse derogado por lo dispuesto en el artículo 45 de la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena que dispuso que: “El capital de las sociedades por acciones deberá estar representado en acciones nominativas (...)”

¹¹⁴ Oficio 220-023068 del 19 de abril de 2010 de la Superintendencia de Sociedades.

*“En este contexto, tanto la suscripción de acciones emitidas con posterioridad a la constitución de la sociedad, cuanto su enajenación por los accionistas, son negocios jurídicos de forma libre, bastando el acuerdo de las partes expresado por toda forma idónea, directa o indirecta, expresa o “tácita” (rectius, conducta concluyente), incluso electrónica (artículo 824, Código de Comercio; Ley 527 de 1999). **Sin embargo, para su oponibilidad a la sociedad y a terceros, deben acatarse las normas estatutarias y legales, expedirse el título accionario y registrarse en el libro de la sociedad.** Al respecto, ex artículo 399 del Código de Comercio, “[a] todo suscriptor de acciones deberá expedírsele por la sociedad el título o títulos que justifiquen su calidad de tal”, pero “[m]ientras el valor de las acciones no esté cubierto íntegramente, sólo se expedirán certificados provisionales a los suscriptores” (artículo 400, ibídem) y pagados se cambiarán por el título definitivo que se inscribirán en el libro respectivo (artículo 195, ejusdem). El título, por ende, acredita la calidad de accionista, mas no es el único medio probatorio, sin que por regla general, el ordenamiento disponga formalidad probatoria (ad probationem; cas. civ. sentencias de 12 de abril de 1940, XLIX, p. 240; 19 de abril de 1971, CXXXVIII, p. 258; 25 de septiembre de 1973, CXVII, núms. 2372 a 2377, p. 65; 4 octubre de 1977, CLV, p. 285; 28 de febrero de 1979, CLIX, n. 2400, p. 49 ss.; 19 de marzo de 1995, exp. 4478; 17 de noviembre de 1993, exp. 3885), ni restrinja el medio de prueba, admitiendo todo elemento probativo eficaz, desde luego, en atención a las exigencias singulares de los negocios jurídicos y el modo adquisitivo específico.”¹¹⁵ (el resaltado no es del texto original).*

Y la Superintendencia Financiera de Colombia ha conceptualizado sobre este particular en idéntico sentido al ya referido:

*“De lo anterior resulta pertinente decir que en este caso, si bien no se tiene el título de propiedad de las acciones, en virtud del carácter nominal de las mismas, este no constituye el único medio probatorio para demostrar la propiedad sobre las acciones, sino, por el contrario **puede defender la propiedad que eventualmente se tenga sobre las mismas a través del denominado libro de accionistas que está obligado a llevar la sociedad y en el que consta la propiedad de cada una las acciones suscritas, resultando ser este el medio más idóneo para probar la calidad de accionista.**”¹¹⁶ (el resaltado no es del texto original)*

Finalmente, en los estatutos sociales de Gyptec sobre la inscripción en el libro de registro de accionistas se dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 13º.- En el Libro de Registro de Acciones, se anotarán los nombres de quienes sean dueños de éstas, con la expresión de las cantidad que corresponde a cada uno, haciendo relación a

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil, Magistrado Ponente: William Namén Vargas, Sentencia de Casación del 14 de julio de 2010 (2010), Expediente 68861-3103-002-2006-00046-01.

¹¹⁶ Concepto 20059-360 del 21 de septiembre de 2005 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTec S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

“CERTIFICA:

CAPITAL:

**** CAPITAL AUTORIZADO ****

VALOR : \$1,200,000,000.00
NO. DE ACCIONES : 1,200,000.00
VALOR NOMINAL : \$1,000.00

**** CAPITAL SUSCRITO ****

VALOR : \$530,987,000.00
NO. DE ACCIONES : 530,987.00
VALOR NOMINAL : \$1,000.00

**** CAPITAL PAGADO****

VALOR : \$530,987,000.00
NO. DE ACCIONES : 530,987.00
VALOR NOMINAL : \$1,000.00¹²⁰

En adición vale la pena tener presente que como consta en el libro de Actas de Asamblea General de Accionistas de Gyptec, que también fue objeto de exhibición¹²¹, a partir de la fecha de inscripción de Carlos Hakim en el Libro de Registro de Accionistas de la sociedad como tal ha comparecido a las reuniones de Asamblea como titular de las citadas 10 diez acciones; hecho que ha sido pacífico frente a los demás accionistas de la compañía y a la misma sociedad Gyptec.

Por todo lo anterior el Tribunal encuentra probado que Carlos Hakim es titular de 10 acciones en el capital suscrito y pagado de la sociedad Gyptec, las cuales equivalen al 0,001883% del capital suscrito y pagado de dicha compañía, por lo que, en principio, habría mérito para declarar la prosperidad de la primera pretensión de cada una de las demandas de reconvención que formularon Arkata y Ukiah.

Sin embargo, resulta necesario examinar las otras excepciones propuestas por Carlos Hakim para enervar la pretensión declarativa de las Demandantes en Reconvención que no han sido desestimadas por el Tribunal como ya quedó analizado en la primera parte del presente acápite. Dichas excepciones son las siguientes: 6. Excepción de mala fe y abuso del derecho a litigar; 7. Buena fe de Carlos Hakim Daccach; 8. Mala fe de los demandantes en la presentación de la

¹²⁰ Folios 308 a 313 del Cuaderno Principal número 2.

¹²¹ Folios 74 a 504 del Cuaderno de Pruebas número 5.

Demanda de Reconvención; 12. Excepción de prescripción / caducidad; 13.Compensación y 14. Excepción Genérica.

En cuanto a mala fe y al abuso de litigar de Jorge Hakim , debe acotarse que el Demandado en Reconvención la sustenta en el hecho de que las Demandantes en Reconvención tienen como único propósito el de obtener la satisfacción de un interés individual (el de su representante ilegítimo Jorge Hakim) a toda costa, con el ánimo de que sea desconocido el Laudo Arbitral que reconoció la propiedad de aquel sobre el 33% de las acciones de Ukiah y Arkata. En cuanto esta excepción, este panel arbitral, además de lo ya dicho sobre la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre este aspecto y la falta de relación de este asunto con lo que fue planteado en la pretensión primera de las demandas de reconvención, no encuentra que dicha alegación pueda enervar o controvertir la condición de titular de 10 acciones de Gyptec por parte del señor Carlos Hakim. Tampoco aparece que la pretensión constituya un ejercicio abusivo del derecho a litigar por parte de las Demandantes en Reconvención, sino el ejercicio del derecho de defensa en un proceso de impugnación de decisiones de la Asamblea de Accionistas de Gyptec a la que fueron convocados como demandadas principales.

Por otra parte, se ha alegado la Buena fe de Carlos Hakim como medio de defensa frente a la pretensión de las Demandas de Reconvención. En manera alguna la buena fe en el actuar de Carlos Hakim, así como el cabal cumplimiento por parte suya de las órdenes judiciales que se le han impartido, puede impedir la declaración de titularidad pretendida por las sociedades Demandantes en Reconvención. Igual sucede con la alegación de Mala fe de los demandantes en la presentación de la Demanda de Reconvención que para Carlos Hakim encuentra soporte en que (i) se presentó una demanda incumpliendo con los requisitos de admisibilidad de la misma y (ii) no presentaron los hechos de la demanda completos, incluyendo todas las sentencias que se han emitido en su contra por el incumplimiento de las normas. Para el Tribunal, las Demandas de Reconvención cumplieron con los requisitos de admisibilidad previstos en la Ley Procesal y por esa razón las admitió, decisión que confirmó con la decisión que confirmó al decidir el recurso de reposición que le fue resuelto desfavorablemente a Carlos Hakim con base en los argumentos que al efecto expuso en su momento el Tribunal. Así las cosas, se declarará la improsperidad de estas tres excepciones, a saber: 6. Excepción de mala fe y abuso del derecho a litigar; 7.Buena fe de Carlos Hakim Daccach; y 8. Mala fe de los demandantes en la presentación de la Demanda de Reconvención.

En cuanto a la 12, Excepción de prescripción / caducidad, debe expresarse que no hubo por el excepcionante contabilización alguna de tiempo, ni indicación de fechas y su relación con la alegada caducidad o la prescripción de las acciones, ni de los términos correspondientes, así como tampoco que éstos se hubieran cumplido antes de ser presentadas las demandas de reconvención. Se limitó Carlos Hakim a formular una simple manifestación sobre prescripción o caducidad, huérfana de sustento o argumentación en la demanda y en el alegato de conclusión, razón de suyo suficiente para llevarla al fracaso, como en efecto lo declara el Tribunal, máxime cuando este no encuentra que ninguno de los dos fenómenos extintivos hayan tenido cumplimiento en el presente caso.

Para finalizar resulta incomprensible para el Tribunal por qué razón frente a una pretensión meramente declarativa de una demanda y su contestación en donde no se debaten cantidades de dinero se alega como excepción la denominada 13. Compensación para que, como lo dijo el Demandado en Reconvención, *“en el remoto e improbable evento en que se considere por parte del Honorable Tribunal que existe alguna suma de dinero que deba pagar mi poderdante solicito realizar la compensación de dichas sumas con aquellas que la Demandante en Reconvención deba a mi poderdante”*. Ninguna suma ha sido reclamada por las Demandantes en Reconvención frente a la cual pueda hacerse compensación alguna, por lo que esta excepción también será desechada.

Finalmente, no encuentra el Tribunal ningún hecho que enerve la pretensión de las demandas de reconvención por lo que desestimaré la número 14, excepción genérica, planteada por el Demandado en Reconvención.

Como consecuencia de lo antes dicho; el Tribunal declarará la prosperidad de las pretensiones de las demandadas de reconvención de Arkata y Ukiah.

7. LAS COSTAS

El Grupo 8 // Pretensión Común a Todos Los Grupos de la Demanda Principal contiene la solicitud de condena en costas, que incluye las agencias en derecho. Idéntica petición aparece en el texto de las demandas de reconvención, punto sobre el que, tal y como lo tiene bien establecido el derecho procesal, de orden público, los pactos de las partes no son mandatorios para el juez y debe éste, o quien actúe en funciones jurisdiccionales, tomar la respectiva decisión de acuerdo con lo que objetivamente ofrezca el plenario o, en su caso, se derive de tarifas o aranceles que sean obligatorios, o simplemente orientadores de los administradores de justicia.

7.1. Costas

Los gastos del proceso fueron los siguientes:

Gasto	Monto
Gastos de Presentación de la Demanda	\$1.463.960 ¹²²
Primer Contado de los Honorarios de los árbitros	\$180.000.000
IVA del Primer Contado de los Honorarios de los Árbitros – 16%	\$28.800.000
Segundo Contado de los Honorarios de los Árbitros	\$180.000.000
IVA del Segundo Contado de los Honorarios de los Árbitros – 19%	\$34.200.000 ¹²³
Primer Contado de los Honorarios de la Secretaria	\$30.000.000
IVA del Primer Contado de los Honorarios de la Secretaria – 16%	\$4.800.000
Segundo Contado de los Honorarios de la Secretaria	\$30.000.000
IVA del Segundo Contado de los Honorarios de la Secretaria – 19%	\$5.700.000 ¹²⁴

¹²² Folio 67 del Cuaderno Principal número 1.

¹²³ Se encuentra pendiente de pago el 3% adicional, monto que ya fue ordenado para su pago por el Tribunal a cargo de ambas partes.

¹²⁴ Se encuentra pendiente de pago el 3% adicional, monto que ya fue ordenado para su pago por el Tribunal a cargo de ambas partes.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTec S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

Gastos de Administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá	\$60.000.000
IVA de los Gastos de Administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá – 16%	\$9.600.00
Otros gastos	\$2.000.000
Expensas para las copias solicitadas a la Notaría 25 del Círculo de Bogotá D.C.	\$400.550 ¹²⁵
Expensas para las copias solicitadas al Tribunal Superior de Bogotá D.C.	\$900.000 ¹²⁶
Total	\$558.264.510

7.2. Agencias en Derecho

El Tribunal estima como agencias en derecho para efectos de la condena en costas que se resuelve a continuación la suma de \$240.000.000, que equivale al doble de los honorarios de un árbitro, habida cuenta que en el presente asunto hubo demanda principal y demandas de reconvención. Sin embargo, dicha suma se distribuye entre aquella y estas a razón de \$210.000.000 para la primera y \$30.000.000 para las segundas.

7.3. Condena

Tomando en cuenta que de las pretensiones de la demanda prosperaron dos grupos de los siete grupos iniciales en que fueron presentadas, por cuanto no se considera la pretensión de costas para estos efectos, y, que prosperaron algunas de las excepciones formuladas por Gyptec frente a las pretensiones de la demanda principal que fueron desestimadas, el Tribunal condenará a Gyptec por al 75% de las costas del proceso, teniendo en consideración la antecedente relación de gastos incurridos por las partes. Para el efecto, el Tribunal tiene en cuenta que fue acreditado en el proceso que Gyptec asumió el 50% de los honorarios y gastos fijados para este trámite, por lo que deberá pagar tal 75%, después de descontar lo que ya fue pagado al Tribunal. En consecuencia, Gyptec deberá pagar a Carlos Hakim la suma de \$139.298.383, por concepto de costas, y por concepto de agencias en derecho la suma de \$39.375.000, para un total de \$178.673.383.

Respecto de Jorge Hakim, Arkata y Ukiah, quienes resultaron vencedoras por la prosperidad de una de sus excepciones que enervó todas las pretensiones de la Demanda Principal en su contra, el Tribunal determinará una condena en costas compuesta únicamente por agencias en derecho tasadas en la suma de \$157.500.000, dividida en proporciones iguales para cada una de dichas personas y cargo de Carlos Hakim.

Finalmente, por la prosperidad total de las pretensiones de la demanda de reconvención se condenará en costas a Carlos Hakim y a favor de Ukiah y Arkata, compuesta por agencias en derecho tasadas en la suma de \$30.000.000, dividida en proporciones iguales para cada una de dichas personas y cargo de Carlos Hakim.

¹²⁵ Folio 3 del Cuaderno de Pruebas número 15.

¹²⁶ Folios 48 a 50 del Cuaderno Principal número 3.

Estas dos últimas decisiones, en consideración a que ni Jorge Hakim, ni Arkata, ni Ukiah sufragaron gastos del proceso, ni aparece en el expediente causación de costas comprobables asumidas por ellos, conforme con lo señalado en los numerales 7 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

CAPÍTULO TERCERO: PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre Carlos Hakim Daccach, de una parte, y Gyptec S.A., Jorge Alberto Hakim Tawil, Arkata Investment Inc. y Ukiah International Corp., de la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Declarar probada la excepción perentoria denominada “*Falta De Legitimación En La Causa Por Pasiva*” propuesta por Jorge Hakim Tawil frente a las pretensiones de la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Declarar probada la excepción perentoria denominada “*Falta de legitimación por pasiva*” propuesta por Arkata Investment Inc. y Ukiah International Corp. frente a las pretensiones de la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: En mérito de lo previsto en el artículo 282 del Código General del Proceso y en consideración a lo resuelto en los numerales precedentes, abstenerse de pronunciarse sobre las demás excepciones planteadas por Jorge Hakim Tawil, Arkata Investment Inc. y Ukiah International Corp. para enervar las pretensiones de la demanda principal.

Cuarto: Declarar que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación), llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación del Informe de Gestión del Gerente contraviene una norma imperativa; está viciada de objeto ilícito; fue aprobada en conflicto de intereses; se tomó en abuso de derecho; en abuso de derecho de los accionistas y en abuso de derecho de voto de los accionistas, y, como consecuencia de ello, se declara nula absolutamente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Por lo tanto, prosperan las pretensiones primera a séptima del Grupo 1 // Pretensiones relativas a la decisión de aprobación del Informe de Gestión del Gerente, y el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias de la séptima principal de ese grupo, por la prosperidad de la misma.

Quinto: Declarar que la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación), llevada a cabo el 1 de abril de 2015, contenida en el Acta No. 20, relativa a la aprobación de los Estados Financieros contraviene una norma imperativa; está viciada de objeto ilícito; fue aprobada en conflicto de intereses; se tomó en abuso de derecho; en abuso de derecho de los accionistas y en abuso de derecho de voto de los accionistas, y, como consecuencia de ello, se declara nula absolutamente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Por lo tanto, prosperan las pretensiones primera a séptima del Grupo 2 // Pretensiones relativas a la decisión de aprobación de los Estados Financieros, y el Tribunal se

abstiene de pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias de la séptima principal de ese grupo, por la prosperidad de la misma.

Sexto: Declarar que no prosperan las excepciones planteadas por Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación) que denominó *“Falta de competencia y jurisdicción del Tribunal Arbitral para dirimir controversias de las sociedades panameñas Arkata y Ukiah”*; *“Eficacia y validez de las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015”*; *“Inexistencia absoluta de conflicto de interés en las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015”*; *“Inexistencia de abuso del derecho al voto en las decisiones adoptadas por la asamblea de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015”*; *“Caducidad e inaplicabilidad de la acción”*; *“Abuso del derecho del socio minoritario”*, *“Carlos Hakim no ha realizado ningún aporte de capital en Gyptec”* y *“La genérica”*, respecto de las pretensiones de los Grupos 1 y 2, por las razones expuestas en la parte motiva.

Séptimo: Declarar la prosperidad de la excepción genérica planteada por Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación) respecto de las pretensiones principales primera a séptima del Grupo 3 // Pretensiones relativas a la decisión de aprobación del Informe del Revisor Fiscal, así como de las pretensiones subsidiarias de la séptima principal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y, en consecuencia, se desestiman las citadas pretensiones. En mérito de lo previsto en el artículo 282 del Código General del Proceso y en consideración a lo resuelto en este numeral abstenerse de pronunciarse sobre las demás excepciones planteadas por Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación) para enervar las citadas pretensiones de la demanda principal.

Octavo: Declarar la prosperidad de las excepciones planteadas por Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación) que denominó: *“Eficacia y validez de las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015”*; *“Inexistencia absoluta de conflicto de interés en las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015”*; e *“Inexistencia de abuso del derecho al voto en las decisiones adoptadas por la asamblea de Gyptec llevada a cabo el 1 de abril de 2015”*, respecto de las pretensiones principales primera a séptima de los Grupo 4 // Pretensiones relativas a la decisión de elección de la Junta Directiva y primera a séptima del Grupo 5 // Pretensiones relativas a la decisión relativa a la elección del Revisor Fiscal, así como de las pretensiones subsidiarias de la séptima principal de ambos grupos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y, en consecuencia, se desestiman las citadas pretensiones. En mérito de lo previsto en el artículo 282 del Código General del Proceso y en consideración a lo resuelto en este numeral abstenerse de pronunciarse sobre las demás excepciones planteadas por Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación) para enervar las citadas pretensiones de la demanda principal.

Noveno: Declarar que no prospera la pretensión única del Grupo 6, pretensión consecuencial, por las razones expuestas en la parte motiva.

Décimo: Declarar que no prospera la pretensión única del Grupo 7, pretensión relacionada con Carlos Hakim Daccach, por las razones expuestas en la parte motiva.

Undécimo: Desestimar la totalidad de excepciones propuestas por Carlos Hakim Daccach frente a las pretensiones de la Demanda de Reconvención de Arkata Investment Inc., por las razones expuestas en la parte motiva.

Duodécimo: Desestimar la totalidad de excepciones propuestas por Carlos Hakim Daccach frente a las pretensiones de la Demanda de Reconvención de Ukiah International Corp., por las razones expuestas en la parte motiva.

Décimo Tercero: Declarar que Carlos Hakim Daccach es propietario de 10 acciones de Gyptec S.A., (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación), las cuales representan el 0,001883% de la composición accionaria de la aludida sociedad, por las razones expuestas en la parte motiva. En consecuencia, prosperan las pretensiones primeras de las Demandas de Reconvención de Arkata Investment Inc. y de Ukiah International Corp.

Décimo Cuarto: Condenar en costas a Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación), de conformidad con las consideraciones y liquidaciones que obran en la parte motiva. En consecuencia, Gyptec S.A. (hoy Violet Investment Corp S.A. En Liquidación) pagará a Carlos Hakim Daccach la suma de la suma de \$178.673.383, tan pronto cobre fuerza ejecutiva este laudo arbitral, sumas que devengarán intereses moratorios a la tasa más alta legalmente permitida hasta el día de su pago total.

Décimo Quinto: Condenar en costas a Carlos Hakim Daccach de conformidad con las consideraciones y liquidaciones que obran en la parte motiva. En consecuencia, Carlos Hakim Daccach pagará a Jorge Alberto Hakim Tawil la suma de \$52.500.000, a Arkata Investment Inc. la suma de \$67.500.000 y a Ukiah International Corp. la suma de \$67.500.000, tan pronto cobre fuerza ejecutiva este laudo arbitral, sumas que devengarán intereses moratorios a la tasa más alta legalmente permitida hasta el día de su pago total.

Décimo Sexto: Declarar causados los honorarios de los árbitros y de la secretaria, por lo que se realizará el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

Décimo Séptimo: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CARLOS HAKIM DACCACH
VS

GYPTEC S.A., JORGE ALBERTO HAKIM TAWIL, ARKATA INVESTMENT INC. Y UKIAH INTERNATIONAL CORP.

Notifíquese,

LUIS SUÁREZ CAVELIER
Presidente

GABRIEL PARDO OTERO
Árbitro

ADRIANA POLANIA POLANIA
Árbitro
Con salvamento de voto parcial y aclaración
de voto

MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ
Secretaria